Das Einschreiten der Polizei gegen Tanzlustbarkeiten und seine rechtliche Ueberprüfung in Preußen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

R. Grimmelsmann
Gerichtsreferendar aus Essen a. d. Ruhr.

Marburg 1933

Gedruckt in der Buchdruckerei Karl Klose, Wetzlar a. d. Lahn, Moritz Budgestraße 38.

Von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 13. Juli 1932.

Berichterstatter: Professor Dr. jur. Dr. phil. F. Genzmer.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen selbstlosen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

1. Inhaltsangabe V
2. Schrifttum VI
3. Abkürzungen VII

Einleitung:

Gegenstand der Arbeit 1

1. Teil:

Die Möglichkeiten des Einschreitens der Polizei gegen Tanzlustbarkeiten.

§ 1. Die gesetzliche Ermächtigung und Aufgabe der Polizei nach § 14 Polizeiverwaltungsgesetz 1
§ 2. Begriff und Wesen der Tanzlustbarkeiten 2
§ 3.
Kapitel 1. Die Polizei kann nicht gegen private sondern nur gegen öffentliche Tanzlustbarkeiten einschreiten 3
Kapitel 2. Das Wesen der geschlossenen Gesellschaft 6

2. Teil:

Die Arten des Einschreitens.

§ 1. Völliges Verbot der Tanzlustbarkeit ist unzulässig 10
§ 2. Die Polizei kann die Abhaltung der öffentlichen Tanzlustbarkeiten von einer Erlaubnis abhängig machen 11
Kapitel 1. Die freie und gebundene Erlaubnis und der Ermessensbegriff 12
Kapitel 2. Die Folgerungen aus diesen Begriffen für die Tanzlustbarkeiten und Ablehnung der herrschenden Meinung 14
§ 3. Widerruf der Erlaubnis 19

3. Teil:

Die gerichtliche Ueberprüfung der eine Versagung der Abhaltung von Tanzlustbarkeiten enthaltenden polizeilichen Verfügungen.

§ 1. Keine Besonderheiten bei gebundenem Ermessen 19
§ 2. Die Schwierigkeiten bei freiem Ermessen 22
Kapitel 1. Die Ueberprüfung der äußeren Grenzen der Verfügung . . 23
Kapitel 2. Die Ueberprüfung der inneren Grenzen: Motivprüfung, subjektive und objektive Meinung 26
Kapitel 3. Berücksichtigung von Artikel 109 RV 30

Schluß:

§ 1. Die Frage der für die Erteilung der beantragten Erlaubnis zuständigen Behörde 31
§ 2. Schadenersatzklage wegen der aus der Versagung entstandenen Verluste 31
§ 3. Tragung der Prozeßkosten 33
§ 4. Dienstvergehen im Falle der Schikane 33

Schrifttum.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs, Kommentar 1928.

Brand: Das Beamtenrecht 1928.

von Brauchitsch: Verwaltungsgesetze für Preußen, 1. Bd. 1930, 3. Bd. 1928, 2. Bd. 1932.

Bühler: Die subjektiven öffentlichen Rechte 1914.

Delius: Im Preußischen Verwaltungsblatt Bd. 26.

Drews: Preußisches Polizeirecht, Allgemeiner Teil 1927.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts 1928.

Friedrichs: Das Polizeigesetz 1911.

Friedrichs: Das Polizeigesetz 1932.

Heyland: Gerichtsentscheidungen, Verwaltungsarchiv Bd. 34.

Jellinek: Verwaltungsrecht 1931.

Jellinek: Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung 1913.

Jellinek: Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 32.

Kunze, Fritz: Das Verwaltungsstreitverfahren 1908.

Landmann: Kommentar zur Gewerbeordnung, 1928.

von Laun: Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 1924.

Merkl, A.: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927.

Moll, im Preußischen Verwaltungsblatt Bd. 29: Tanzlustbarkeiten.

Olshausen, im Preußischen Verwaltungsblatt 29: Tanzlustbarkeiten und ihre Regelung durch die Polizei.

Rosin: Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen 1895.

Rosin: Polizeiliche Verfügungen in V. Stengel-Fleischmann, Wörterbuch Bd. 3.

Scheuner: Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte, Verw.-Archiv Bd. 33.

Schön: Zur Frage der Grenzen der Ueberprüfung polizeilicher Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren, Verw.-Archiv Bd. 27.

Schüler: Der Begriff der geschlossenen Gesellschaft, Greifswald, 1911.

Tezner, Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden (Wiener staatswissenschaftliche Studien) Bd. 6, 1924.

Wolzendorff, in Handwörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts.

Wolzendorff: Das Polizeigesetz, 1911.

Zeitschrift „Die Polizei".

Abkürzungen.

Arch.ÖR = Archiv des öffentlichen Rechts.
JW = Juristische Wochenschrift.
PVG = Polizeiverwaltungsgesetz.
RV = Reichsverfassung.
ALR = Allgemeines Landrecht.
Verw.-Arch. = Verwaltungsarchiv.
RG = Entscheidungen des Reichsgerichts.
KG = Entscheidungen des Kammergerichts.
OVG = Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts.
PrVBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PV = Polizeiverordnung.

Einleitung.

Gegenstand der Arbeit.

Die Arbeit behandelt die Tanzlustbarkeiten und ihre Regelung durch die Polizei. Die Wissenschaft und Rechtsprechung räumen der Polizei Tanzlustbarkeiten gegenüber völlig freies Ermessen ein. Hiergegen wendet sich die Arbeit. Als Vorfrage ist im ersten Teil der Arbeit zu behandeln, ob die Polizei gegen Tanzlustbarkeiten überhaupt einschreiten kann. Auf den Ergebnissen dieses Teiles und den dabei gewonnenen Begriffen baut sich der zweite Teil über die Arten des Einschreitens auf, während der dritte Teil die gerichtliche Ueberprüfung polizeilicher Verfügungen betrifft, die die Versagung einer rechtlich vorgesehenen polizeilichen Erlaubnis enthalten.

I. Teil.

Die Möglichkeiten des Einschreitens der Polizei.

§ 1: Die gesetzliche Ermächtigung und Aufgabe der Polizei nach § 14 Polizeiverwaltungsgesetz.

Die Frage nach den Einschreitungsmöglichkeiten der Polizei gegen Tanzlustbarkeiten beantwortet sich aus dem Aufgabenkreis der Polizei und dem Wesen der Tanzlustbarkeiten. Nach dem heute geltenden Grundsatz des Rechtsstaats darf die Verwaltung nur nach Maßgabe und innerhalb der Schranken des Gesetzes gegen die Bürger vorgehen, die Polizei bedarf in jedem Falle eines Einschreitens einer gesetzlichen Ermächtigung.

Eine reichsrechtliche Ermächtigung der Polizei zum Einschreiten gegen Tanzlustbarkeiten gibt es nicht. Nach § 33 c Gewerbeordnung richtet sich die Abhaltung von Tanzlustbarkeiten nach den landesrechtlichen Bestimmungen. Hieran ist nichts durch die im § 1 des Reichsvereinsgesetzes garantierte Versammlungsfreiheit geändert worden. Denn von Versammlungen im Sinne des Vereinsgesetzes kann man nur dann reden, wenn eine Anzahl von Personen mit dem Zweck gemeinsamer Erörterung, Beratung oder Einwirkung zusammenkommt. [1]) Mit Recht führt das Kammergericht aus, daß schon nach dem gemeinen Sprachgebrauch eine Tanzlustbarkeit nicht eine „Versammlung" zum Zwecke des Tanzens genannt wird. [2])

Preußen hat keine Gesetze oder Verordnungen erlassen, die die polizeiliche Behandlung der Tanzlustbarkeiten allgemein regeln. Eine Ermächtigung der Polizei kann also, wenn überhaupt, nur noch im § 14 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. Juni 1931, dem Nachfolger von § 10 II 17 ALR, gefunden werden. Hiernach haben die Polizeibehörden im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch

[1]) KGJ 26 C 54; 36 C 50, 54.
[2]) KGJ 36 C 54.

die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird. Die Begriffe „Gefahr", „öffentliche Sicherheit", „öffentliche Ordnung" kehren im Folgenden immer wieder und sind wegen ihrer unmittelbaren Bedeutung für die Arbeit unter Anlehnung an die von der Wissenschaft und Rechtsprechung herausgearbeiteten Gesichtspunkte klarzustellen, soweit es der Zweck der Arbeit erfordert.

Während Drews [1]) keine positive Begriffsbestimmung der Gefahr gibt, vielmehr nur negativ bestimmt, was nicht zur Gefahr gehört, um so den Begriff „Gefahr" näher abzugrenzen, bestimmt sie Friedrichs [2]) als einen „Zustand der Ungewißheit, eine Lage, in der durch ein alltägliches Ereignis ein polizeiwidriger Zustand herbeigeführt werden kann", der einen Schaden darstellt, wie hier hinzugefügt werden mag. Die so bestimmte Gefahr muß bevorstehen: eine naheliegende, auf Tatsachen beruhende Wahrscheinlichkeit einer Schädigung der von der Polizei zu schützenden Interessen muß zu befürchten sein; nicht genügt die abstrakte oder entfernte Möglichkeit einer Schädigung. [3]) Durch diese Gefahr muß die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht sein. Unter „öffentlicher Sicherheit" ist mit Drews [4]) der Schutz der Allgemeinheit und des Einzelnen gegen Schäden zu verstehen, die den Bestand des Staates oder seiner Einrichtungen oder die Lebensgüter des Menschen bedrohen. Die öffentliche Ordnung dagegen stellt den Inbegriff der Normen dar, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Miteinanderleben der Menschen angesehen wird. [5]) Die Polizei darf also nur im öffentlichen Interesse einschreiten, es muß eine soziale Verbundenheit bestehen. [6])

§ 2.

Nach dieser Klärung der Begriffe erhebt sich die Frage, ob Tanzlustbarkeiten eine Gefahr bedeuten, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird, die Polizei also gegen sie nach § 14 PVG einschreiten kann. Die Antwort liegt in dem Wesen der Tanzlustbarkeiten.

Die Tanzlustbarkeit fällt unter den weiteren Begriff der Lustbarkeit, die nach Grimms Wörterbuch „eine Veranstaltung, sich zu ergötzen, insonderheit zu tanzen" ist. Eine Tanzlustbarkeit ist also eine Veranstaltung zum Tanzen. Fraglich ist nun, wie viele Personen eine Tanzlustbarkeit ausmachen. Hier werden die besonderen Verhältnisse des Einzelfalls entscheiden. So kann man im allgemeinen beim Tanzen von 2 Personen nicht von einer Tanzlustbarkeit reden, dagegen ist sie mit Olshausen [7]) als gegeben anzusehen,

[1]) Drews, Preußisches Polizeirecht, S. 8.
[2]) Karl Friedrichs, Polizeiverwaltungsgesetz, 2. Auflage, S. 260 f.
[3]) EOVG, Bd. 21, S. 409, Bd. 31, S. 418, Bd. 35, S. 340, Bd. 45, S. 33, Bd. 54. S. 270,6, Bd. 55, S. 286, Bd. 72, S 184.
[4]) Drews, a a. O., S. 11. S. auch EOVG, Bd. Bd. 78, S. 272.
[5]) von Brauchitsch, Verwsges. für Preuß. 1932, Bd. 2, S. 32.
[6]) von Brauchitsch, a. a. O., S. 21, EOVG, Bd. 41, S. 432,6, OVG, i. Pr. VBl. Bd. 30, S. 172,4.
[7]) Olshausen, i. PrVBl. Bd. 29, S. 141.

wenn ein Paar aus einer größeren Zahl von Menschen, die mit der Absicht zu tanzen nach vorheriger Ankündigung zusammengekommen sind, mit dem Tanzen beginnt. Dagegen ist ein Gelegenheitstanz, selbst bei Teilnahme von mehreren Tanzenden, keine Tanzlustbarkeit. Im Zweifelsfalle dürfte maßgebend sein, ob das Tanzen lediglich einen untergeordneten Teil einer anderen Veranstaltung bildet, oder ob es als ein selbständiger Teil anzusehen ist. Abgesehen von den Gelegenheitstänzen kommt es nicht darauf an, ob der Tanz vorgesehen war oder nicht. Die zu billigende Entscheidung des OVG im PrVBl., Bd. 25, S. 527 [1]) hält nicht nur dann eine Tanzlustbarkeit für gegeben, wenn sie nach einem gewissen Plan und öffentlicher Ankündigung erfolgt, sondern sieht auch das von mehreren in einem Saal anwesenden Personen auf einen plötzlichen Entschluß aus einer Augenblicksstimmung hin begonnene und fortgesetzte Tanzen für eine Tanzlustbarkeit an. [2]) Ebenso ist es gleichgültig, ob nach den Klängen eines Rundfunkempfängers, Grammophons oder einer Kapelle getanzt, ob im Freien oder in Räumen, von Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts getanzt wird. [3])

§ 3.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß die Frage, ob die Polizei gegen Tanzlustbarkeiten in dem dargelegten Sinne einschreiten kann, sich nicht einheitlich untersuchen und beantworten läßt. Es gibt verschiedene Arten von Tanzlustbarkeiten: Tanzlustbarkeiten, die ein Privatmann in seiner Wohnung oder in den ihm überlassenen Räumen einer Gaststätte abhält, Tanzlustbarkeiten von Gesellschaften, Vereinen oder sonstigen Vereinigungen in ihren eigenen Häusern und Räumen oder in ihnen überlassenen Wirtschaftsräumen, Tanzlustbarkeiten in Kaffees, Gast- und Schankstätten, Bars, Kabaretts, Varietés, kurz Tanzlustbarkeiten, an denen nur ein enger Personenkreis, der durch die Teilnahme von Gästen erweitert werden kann, teilnimmt, und Tanzlustbarkeiten, zu denen jeder Zutritt hat, der normalerweise für eine Beteiligung in Frage kommt. Es gibt also private und öffentliche Tanzlustbarkeiten. Die Frage ist also dahin zu stellen, kann die Polizei erstens gegen private und zweitens gegen öffentliche Tanzlustbarkeiten vorgehen?

1. Kapitel.

Für die Entscheidung zu Frage 1 wird die bei der Bestimmung der in § 14 PVG enthaltenen Begriffe gewonnene Einsicht von Bedeutung, daß die Polizei nur im öffentlichen Interesse tätig werden kann. Bei Tanzlustbarkeiten z. B., die ein Bürger in seiner Wohnung abhält, ist aber grundsätzlich ein öffentliches Interesse nicht gegeben, Gefahren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird, entstehen nicht. Nur in den Ausnahmefällen, wenn private Tanzlustbarkeiten ausarten, und auf diese Weise eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung werden, ist die Polizei zum Ein-

[1]) Ebenso EOVG, Bd. 29, S. 619.
[2]) S. auch hierüber in Zeitschrift „Die Polizei", 1917/18, S. 224.
[3]) So auch Olshausen, im PrVBl., Bd. 29, S. 141 f.

schreiten nach § 14 PVG berechtigt. Ebenso urteilt das OVG schon in seiner Entscheidung vom 7. 4. 02 im PrVBl. 23, S. 698, nach der „Tanzlustbarkeiten innerhalb einer privaten oder geschlossenen Gesellschaft nicht von einer polizeilichen Erlaubnis abhängig gemacht" werden können. Die erwähnte Entscheidung geht noch einen Schritt weiter und führt aus, es könne auch nicht deshalb eingeschritten werden, weil die Möglichkeit bestehe, daß sich die Tanzlustbarkeit zu einer öffentlichen gestalten werde.[1]) Die Begründung seiner Ansicht findet das OVG in seiner Entscheidung vom 13. 11. 03 im PrVBl. Bd. 25, S. 695 r darin, daß nach § 6 zu d des alten Polizeiverwaltungsgesetzes von 1853, der in dem heutigen § 14 des neuen Polizeiverwaltungsgesetzes enthalten ist, zu den Gegenständen der ortspolizeilichen Vorschriften die „Ordnung und Gesetzlichkeit bei dem öffentlichen Zusammensein einer großen Anzahl von Menschen" gehört, die Polizei also nur gegen „öffentliche Lustbarkeiten" einschreiten kann.[2]) Ebenso erklärt das Kammergericht schon in seiner Entscheidung vom 9. 11. 96 im PrVBl. 18, S. 178 r den § 5 einer Polizeiverordnung mit den Worten: „Alle Tanzlustbarkeiten, die in öffentlichen Lokalen stattfinden sollen, müssen angezeigt werden", für ungültig, weil er auch private Gesellschaften umfasse und deshalb in „keiner der Bestimmungen des § 6 des PVG, insbesondere nicht in der Ziffer d zu 6 seine gesetzliche Grundlage finde.[3]) Den Schluß möge die besonders klare Entscheidung des OVG, Bd. 26, S. 408 bilden, nach der die „Aufgabe der Polizei begriffsmäßig auf den Schutz der öffentlichen Interessen beschränkt ist". „Daher sind die Vorgänge im Familienkreise, in der Privatgesellschaft im Privathause — einer Einwirkung ausgeschlossen, es sei denn, daß durch dieselben wiederum andere polizeiliche zu schützende Interessen berührt werden".

Ganz anders liegen die Verhältnisse bei öffentlichen Tanzlustbarkeiten, was sofort einleuchtet, wenn man an die Tanzlustbarkeiten in den Vergnügungsstätten der Großstädte, aber auch an solche in kleinen, winkligen und dumpfen Bauernwirtschaften denkt. Hier ist das öffentliche Interesse in mannigfacher Weise berührt. Bedenken erheben sich in bau-, feuer- und sicherheitspolizeilicher Hinsicht. Die Räume, insbesondere der Boden, müssen wegen der starken Beanspruchung durch die zahlreichen Tanzenden besonders fest sein. Die Türen müssen nach außen hin aufgehen, um im Falle eines Brandes den Tanzenden den Ausgang ins Freie zu erleichtern. Oellampen, Kerzen und leicht brennbare Stoffe sind wegen ihrer erhöhten Brandgefahr für eine öffentliche Tanzlustbarkeit besonders gefährlich. Sehr zahlreiche Bedenken bestehen in sicherheitspolizeilicher Hinsicht. Eine Gefährdung der Sittlichkeit kann durch das

[1]) S. auch Olshausen, a. a. O., S 141 f.
So auch KGJ 8, S. 335, KG „Das Recht" 14, S. 649.
[2]) S. auch EOVG, Bd. 35, S. 438,9, im PrVBl., Bd. 11, S. 389.
[3]) S. auch nach KGJ 6, S. 182, KGJ 34, C. 11, KGJ 17, S. 328, KGJ 23, S 108, OVG in DJZ 04, S. 411, OVG in PrVBl., Bd. 32, S. 330, Bd. 33, S. 240.

Verhalten der Wirte oder der Besucher der Tanzlustbarkeiten entstehen. Nicht selten benutzen die Veranstalter von Tanzlustbarkeiten die sich beim Tanzen infolge des durch das Tanzen veranlaßten stärkeren Alkoholgenusses und der damit verbundenen verstärkten Sinnlichkeit besonders günstig bietende Gelegenheit, die Tanzenden zusammenzukuppeln. Auch sind solche Vergnügungsstätten oft der Anziehungspunkt zweifelhafter Frauen. In manchen Tanzstätten verkehren notorisch Dirnen. Ferner führt das öffentliche Tanzen im Uebermaß zu einer Schädigung der Gesundheit, die ganz besonders bei Kindern zu befürchten ist und einer Anregung zum Müßiggang, der besonders auf dem Lande während der Erntezeiten die Volksernährung und damit die Volkswirtschaft berührt. Nicht zuletzt bedeuten gerade in der heutigen Zeit politischer Hochspannung öffentliche Tanzlustbarkeiten zweier politischer Parteien in einer Nachbarschaft eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, lassen sie doch Reibereien und Schlägereien befürchten. Weiter lassen die unbeschränkten öffentlichen Tanzlustbarkeiten eine Gefährdung der Sitten ganz allgemein befürchten. Besonders gefährlich ist der Einfluß des Tanzens auf Kinder, da sie nach Alkoholgenuß den Lockungen und Gefahren infolge ihres unausgebildeten Charakters und ihrer Unerfahrenheit besonders leicht erliegen. Endlich widerspricht das Tanzen an bestimmten Stunden, an bestimmten Tagen, wie Karfreitag, Buß- und Bettag, Volkstrauertag, oder in besonders schlechten Zeiten dem Anstands- und Ordnungsgefühl der Allgemeinheit. [1])

Nach alledem bringen öffentliche Tanzlustbarkeiten ganz allgemein gesehen Gefahren mit sich, die nicht nur die abstrakte oder entfernte Möglichkeit einer Schädigung enthalten, sondern vielmehr aus bestimmten Arten von Handlungen oder Zuständen nach den Erfahrungen des täglichen Lebens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fortdauernd zu entstehen pflegen und so den Eintritt eines Schadens wahrscheinlich machen. Würde die Polizei gegen diese Gefahren nicht einschreiten, so wäre die öffentliche Sicherheit und Ordnung nach den zahlreich aufgeführten Beispielen bedroht. Die Polizei kann also gemäß § 14 PVG gegen öffentliche Tanzlustbarkeiten einschreiten, und zwar gegen die gewerbsmäßig und die gelegentlich abgehaltenen. Sie ist nicht auf dem Erlaß von polizeilichen Verfügungen beschränkt, die eine im Einzelfall tatsächlich bestehende Gefahr erfordern, sondern kann die öffentlichen Tanzlustbarkeiten durch Polizeiverordnungen regeln, oder in der Ausdrucksweise des § 24 des Polizeiverwaltungsgesetzes, durch „Gebote oder Verbote", die für eine unbestimmte Anzahl von Fällen an eine unbestimmte Anzahl von Personen gerichtet sind. Denn das Erfordernis für den Erlaß einer Polizeiverordnung: Bestehen einer abstrakten Gefahr, die aus bestimmten Arten von Handlungen oder Zuständen nach den Erfahrungen des täglichen Lebens mit überwiegender

[1]) § 6 der PV über den äußeren Schutz der Sonn- und Feiertage vom 23. 11. 31 (PrG. S. S. 1931). Am Donnerstag und Sonnabend der Karwoche sind alle öffentlichen Tanzlustbarkeiten verboten.

Wahrscheinlichkeit fortdauernd zu entstehen pflegt, ist nach den letzten Ausführungen gegeben. Diese Meinung vertritt auch die Wissenschaft [1]) und Rechtsprechung. [2])

2. Kapitel.

Da die Polizei nur ausnahmsweise gegen die Tanzlustbarkeiten privater oder geschlossener Gesellschaften nach § 14 PVG vorgehen kann, wird auf allen möglichen Wegen versucht, öffentliche Tanzlustbarkeiten unter dem Decknamen einer geschlossenen Gesellschaft abzuhalten und so das Einschreiten der Polizei zu verhindern und nicht zuletzt die durch die Beaufsichtigung der öffentlichen Tanzlustbarkeiten durch die Polizei entstehenden Verwaltungskosten zu sparen. Es ist im Folgenden deshalb die praktisch ungemein wichtige Frage zu untersuchen, wann eine private und wann eine öffentliche Tanzlustbarkeit vorliegt.

Die Vorstellung „geschlossene Gesellschaft" ist geläufig, sobald man aber versucht, sie in alle Zweifel ausschließende Worte zu formen, entstehen kaum überwindliche Schwierigkeiten. Bezeichnend ist die erheblich von einander abweichende Auffassung des Oberverwaltungsgerichts von der des Kammergerichts. Zu diesen Ansichten ist im Folgenden Stellung zu nehmen.

Nach der Ansicht des OVG, die Olshausen, Delius und Moll [3]) teilen, ist eine geschlossene Gesellschaft ein durch das innere Band wechselseitiger persönlicher Beziehung in sich zusammengehaltener und nach außen bestimmt abgegrenzter Personenkreis. [4]) Diese Auffassung erklärt das KG für zu eng, da für eine derartige Einschränkung weder der Ausdruck „geschlossene Gesellschaft" noch der Begriff, der damit im praktischen Leben verbunden wird, irgend einen Anhalt biete. Das KG bestimmt die geschlossene Gesellschaft infolgedessen als einen nach außen hin abgeschlossenen Kreis von Personen, die nach innen miteinander verbunden sind. Diese innerliche Verbindung kann nach dem KG auf persönlichen Beziehungen beruhen, die zwischen den Mitgliedern bereits bestehen oder durch die Vereinigung hergestellt werden sollen, oder aber auf der Gemeinsamkeit des sachlichen Zwecks. [5])

Der Ansicht des KG ist in allem beizutreten. Bei großen Klubs sind persönliche Beziehungen unter allen Mitgliedern durchweg nicht

[1]) Friedrichs im PrVBl. 30, S. 321. Delius im PrVBl. 40, S. 97 r Olshausen im PrVBl. 29, S. 141 ff. von Brauchitsch, 2. Bd., S. 83 Landmann, Komm. z. GOS 447. Moll im PrVBl. 29, S. 3 r. Wolzendorff, Handwörtbch. d. Deutsch. St. u. Verw.-Rechts 1914, S. 576,7 Vers. Das Polizeigef. 1911, S. 137.

[2]) EOVG, Bd. 9, S. 404 ff, Bd. 18, S. 424. EOVG im PrVBl 19, S. 153 r, Bd. 21, S. 317 r. KGJ 36, C 54. EOVG in der Zeitschrift „Die Polizei", 1915, S. 91. Siehe auch Ministerialerlasse des Min. d. Innern von 1859 MBliV. S. 338 u. v. 1860 MBliV. S. 102 u. v. 1884 MBliV. S. 251.

[3]) Olshausen im PrVBl. 29, S. 141 ff. Delius im PrVBl 26, S. 741 l. Moll im PrVBl. 29, S. 3 f.

[4]) EOVG im PrVBl. Bd. 16, S. 422, Bd. 21, S. 280 l, Bd. 27, S. 428, Bd. 29, S. 426, 433.

[5]) KGJ 20, C 113. Anders KGJ 10, S. 272.

vorhanden; es bilden sich immer einzelne Gruppen heraus. Trotzdem gelten diese Klubveranstaltungen als geschlossene Gesellschaften. Diesen Gesichtspunkt hebt auch die angeführte Entscheidung des KG hervor. Die Ansicht des OVG findet somit schon in den Anschauungen des täglichen Lebens ihre Widerlegung. Der Einwand Schülers,[1]) den sich Moll[2]) zu eigen macht, es verbinde auch ein gemeinschaftlicher sachlicher Zweck die Teilnehmer an einer öffentlichen Tanzlustbarkeit, nämlich die Lust, sich zu vergnügen, trifft nicht das Wesentliche. Der Schwerpunkt der Entscheidung, ob geschlossene Gesellschaft oder nicht, liegt nicht bei der inneren Beziehung sondern in der Abschließung gegen die Außenwelt. Dieses Merkmal ist aber bei öffentlichen Tanzlustbarkeiten nicht gegeben. Das KG gebraucht zwar auch den Ausdruck „innere Beziehung, aber doch wohl nur, um sich mit der Begriffsbestimmung des OVG auseinanderzusetzen. Hierfür spricht die vom KG als Zusammenfassung seiner Ansicht gegebene Begriffsbestimmung, nach der eine Tanzlustbarkeit nur dann eine öffentliche ist, wenn die Teilnahme einer nach Zahl, Art und Individualität unbestimmten Mehrheit von Personen freisteht. Wenn Schüler also sagt, die Gemeinsamkeit des sachlichen Zwecks sei auch bei öffentlichen Tanzlustbarkeiten vorhanden, so kennzeichnet er damit nur die Unwesentlichkeit dieses Gesichtspunktes.

Auch aus Zweckmäßigkeitsgründen ist die Ansicht des OVG abzulehnen, da sie erheblichen Schwierigkeiten, um nicht zu sagen der Unmöglichkeit begegnet, die persönlichen Beziehungen festzustellen.

Das von Moll zur Bekräftigung seiner Ansicht herangezogene Urteil des Reichsgerichts[3]) scheint nicht richtig ausgelegt zu sein. Das RG spricht allgemein von „in sich verbunden sein", ohne dabei von persönlicher Verbundenheit zu reden. Es ist durchaus möglich, daß man auch durch die Verfolgung eines sachlichen Zwecks im Sinne des Kammergerichts miteinander verbunden ist.

Eine geschlossene Gesellschaft und damit eine private Tanzlustbarkeit ist nach all' dem dann gegeben, wenn die Teilnahme an ihr nicht einer nach Zahl, Art und Individualität unbestimmten Mehrheit von Personen freisteht. Hierin liegt, daß nicht nur der Ausschluß einzelner Gesellschaftsklassen, wirtschaftlicher Schichten, politischer Richtungen, weltanschaulich anders Eingestellter, örtlich Getrennter eine geschlossene Gesellschaft entstehen läßt, sondern erst die uneingeschränkte Zulassung solcher, die normalerweise nach der natürlichen Auffassung für eine Teilnahme gerade dieser Tanzlustbarkeit in Frage kommen. So kann man z. B. eine Tanzlustbarkeit einer nationalsozialistischen Gruppe nicht schon deshalb als eine geschlossene Gesellschaft ansehen, weil an ihr keine Juden teilnehmen können.

Mit der Angabe dieser Begriffsbestimmung darf sich die Arbeit nicht begnügen. Es handelt sich um die Klarstellung einer sehr wichtigen grundlegenden Frage. Ob nun aber auf Grund dieser Begriffsbestimmung im Einzelfall eine öffentliche Tanzlustbarkeit vorliegt oder

[1]) Schüler, Der Begriff d. geschl. Ges., S. 14 f.
[2]) Moll im PrVBl. 29, S. 3 r.
[3]) RGZ Bd. 21, S. 254, ebenso Bd. 22, S. 241, Bd. 35, S. 159.

nicht, ist oft Tatfrage. Die Entscheidung hierüber ist dann mehr oder weniger ein Werturteil, das sich bei derartigen Begriffen wie geschlossene Gesellschaft und öffentliche Tanzlustbarkeiten durch keine auch noch so genau gefaßte Formel vermeiden läßt. Es sind deshalb im Folgenden unter Zuhilfenahme der Begriffsbestimmungen und unter Heranziehung der Rechtsprechung die praktisch bedeutsamsten Fälle einer geschlossenen Gesellschaft und damit der privaten Tanzlustbarkeit und ihrer Kehrseite, der öffentlichen Tanzlustbarkeit, zu betrachten.

In Frage kommen erstens Tanzlustbarkeiten, die von Einzelpersonen veranstaltet werden. Unstreitig liegt keine öffentliche Tanzlustbarkeit vor, wenn ein Bürger im Familienkreis ein Tanzvergnügen abhält, gleichgültig, ob in seinen eigenen Räumen oder in dem ihm für diesen Zweck überlassenen Wirtschaftssaal getanzt wird. Anders liegen die Verhältnisse, wenn der Kreis der Teilnehmenden erweitert wird. So lange nur Verwandte und Bekannte teilnehmen, ist eine private Lustbarkeit gegeben. Denn eine private Lustbarkeit wird durch die Teilnahme von Gästen nicht zu einer öffentlichen. Hierbei sind unter Gästen Personen zu verstehen, die auf Grund persönlicher oder sachlicher Beziehungen von der veranstaltenden Privatperson selbst oder mit seiner Zustimmung von den Verwandten und Bekannten eingeladen, eingeführt oder zugelassen werden.[1]) Wird dieser Kreis überschritten, und haben auch andere Personen als die vorher genannten Zutritt, so handelt es sich um eine öffentliche Tanzlustbarkeit. Fälle dieser Art kommen bei Hochzeiten,[2]) Kindtaufen, Erntefesten, bei Geschäfts- und Fabrikjubiläen vor. Hier hat jedermann, der normalerweise für eine Beteiligung in Frage kommt, Zutritt; damit ist die Oeffentlichkeit gegeben.[3]) Unter den von Einzelpersonen veranstalteten Lustbarkeiten sind bei weitem am wichtigsten die von den Inhabern der Gast- und Schankstätten, Kaffees, Bars, Kabaretts, Varietés usw. gewerbsmäßig veranstaltetenTanzlustbarkeiten. Diese sind durchweg öffentlich. Denn eine Unterscheidung nach Zahl, Art und Individualität wird nicht gemacht.

Die von Personenvereinigungen abgehaltenen Tanzlustbarkeiten geben zu manchen Bedenken Anlaß. Sportvereine der verschiedensten Art, Kegel- und Skatklubs, Tanz- und Turnierklubs, Berufs-politische und wirtschaftliche Vereinigungen pflegen Tanzlustbarkeiten abzuhalten. Nach der hier vertretenen Ansicht sind diese Tanzlustbarkeiten so lange nicht öffentlich, als nur die Mitglieder dieser Vereinigungen oder die von dem Vorstand oder den Mitgliedern eingeführten Gäste Zutritt haben. Hierbei sind unter Gästen solche Personen zu verstehen, die auf Grund persönlicher oder sachlicher Beziehung von dem Vorstand der Gesellschaft oder ihren Mitgliedern eingeladen oder von der Gesellschaft zugelassen oder von den Mitgliedern eingeführt werden.)[4] Hier stellt das OVG nach seiner in

[1]) S. d. and. Ansicht des OVG auf S. 10.
[2]) EOVG in „Das Recht" 13, S. 452.
[3]) So auch KG, J. 3, S. 370, KG im PrVBl., Bd. 16, S. 71.
[4]) So auch das KG, J. 20, C. 154. S. a. d. Zirkularerl. v. 26. 11. 59 MBliV., S. 339.

der Arbeit abgelehnten Auffassung von dem Begriff der geschlossenen Gesellschaft erstens darauf ab, ob die Mitglieder dieser Vereinigungen in persönlichen Beziehungen untereinander stehen und hält im Verneinungsfalle eine öffentliche Tanzlustbarkeit für gegeben. So führt die Entscheidung Bd. 35, S. 440,1 aus: „Durch die Zugehörigkeit zu einem Verein, der sich über ganz Deutschland erstreckt und alle in der Textilindustrie vereinigten Arbeiter und Arbeiterinnen zu vereinigen sucht, können wechselseitige persönliche Beziehungen unter der Gesamtheit der Vereinsmitglieder nicht entstehen". [1]) Deshalb bejaht dann das OVG die Oeffentlichkeit. In demselben Sinne heißt es in der Entscheidung Bd. 63, S. 285: „Der Umstand, daß die Gewerkschaften das nämliche Ziel verfolgen, und daß ihre Mitglieder persönlich einander bekannt sind, machte aus den Personen, die sich zum Zwecke der festlichen Veranstaltung auf Grund der Zulassungsbedingungen zusammenfanden, noch nicht eine geschlossene Gesellschaft. [2]) Diese Ansicht ist in der Arbeit als zu eng abgelehnt. Das OVG prüft dann weiter, ob persönliche Beziehungen zwischen der Gesellschaft und den Eingeladenen bestehen und hält auch hier im Verneinungsfalle eine öffentliche Tanzlustbarkeit für gegeben. [3]) So heißt es in der Entscheidung im PrVBl., Bd. 26, S. 308,9: „Aus dem Mißverhältnis zwischen der Zahl der Klubmitglieder, der Zahl der Eingeladenen sowie ferner aus dem Umstande, daß nicht das geringste daraus erhellt, ob oder in welcher Weise von dem Vorsitzenden oder den Mitgliedern des Klubs die Eingeladenen ausgewählt oder bestimmt worden sind, ist zu entnehmen, daß die Eingeladenen wenigstens zum Teil in keiner persönlichen Beziehung zu den Mitgliedern des Klubs standen." Aus demselben Grunde erklärt das OVG in seiner Entscheidung vom 16. 6. 04 im PrVBl., Bd. 26, S. 308,9 die von einem Athletenklub veranstaltete Tanzlustbarkeit für eine öffentliche. Nach der hier vertretenen Ansicht kommt es allein darauf an, ob noch eine Unterscheidung nach Zahl, Art und Individualität gemacht wurde. Dieses ist in den Entscheidungen der Fall. Es handelte sich also um private Tanzlustbarkeiten.

Eine geschlossene Gesellschaft ist aber dann nicht mehr gegeben, wenn tatsächlich bei einer sogenannten geschlossenen Gesellschaft eine nach Art, Zahl und Einzelkennzeichnung unbestimmte Personenmehrheit Zutritt hat. Eine derartige geschlossene Gesellschaft stellt sich als eine Scheinform zur Umgehung des Gesetzes dar. Bildet sich z. B. eine sogenannte geschlossene Gesellschaft, ein Tanz- und Turnierklub, und hat zu den Tanzlustbarkeiten dieses Klubs jeder Zutritt, der an der Kasse einen Geldbetrag zahlt, der als Beitrag bezeichnet wird, in Wirklichkeit aber nichts anderes als ein verkapptes Eintrittsgeld ist, so ist der Tanz öffentlich. Wollte man für

[1]) Ebenso EOVG im PrVBl. 28, S. 802. Siehe auch EOVG im PrVBl. 21, S. 280 r und EOVG Bd. 22, S. 418.

[2]) Siehe auch EOVG im PrVBl. 28, S. 728. EOVG Bd. 18, S. 725. Dagegen hat das OVG in der E Bd. 35, S. 440 und Bd. 22, S. 418 das Vorhandensein einer öffentlichen T. trotz zahlreicher Gäste verneint.

[3]) Ebenso Olshausen im PrVBl. 29, S. 141 f ohne weitere Begründung.

die Zugelassenen noch den Ausdruck „Gäste“ verwenden, so würden Gäste in solcher Zahl zugelassen sein, daß derselbe Erfolg erzielt wird, als wenn zu der Tanzlustbarkeit öffentlich eingeladen worden wäre, wie dieses von den Inhabern der Bars, Kabaretts usw. geschieht.[1]) Derartige Fälle werden meistens vorliegen, wenn von Besitzern der Wirtschaften und anderer Lokale diese Vereine oder Klubs gegründet werden. Hier spricht die Vermutung dafür, daß sie die polizeiliche Aufsicht verhindern und die Verwaltungsgebühr für die Tätigkeit der Polizeibehörde sparen wollen.[2])

Bei Tanzlustbarkeiten, die nicht von Personen, die schon vorher irgendwie zur Verfolgung irgendwelcher Zwecke vereinigt sind, abgehalten werden, wird es sich meistens um Gelegenheitstänze handeln. Dann liegen nach den früheren Ausführungen gar keine Tanzlustbarkeiten im Rechtssinne vor, da das Tanzen meistens nur von kurzer Dauer ist. Bei längerer Dauer aber hängt die Entscheidnng, ob es sich um eine private oder öffentliche Tanzlustbarkeit handelt, von denselben Gesichtspunkten ab, wie bei den früher besprochenen schon bestehenden Vereinigungen.

II. Teil.

Die Arten des Einschreitens.

§ 1.

Der zweite Teil der Arbeit untersucht die Arten des Einschreitens der Polizei gegen Tanzlustbarkeiten.[3]) In Frage kommen: völliges Verbot der Tanzlustbarkeiten, Abhängigmachung der öffentlichen Tanzlustbarkeiten von einer polizeilichen Erlaubnis und Widerruf der Erlaubnis.

Ein völliges Verbot der öffentlichen Tanzlustbarkeiten durch Erlaß einer Polizeiverordnung ist nicht angängig. Wenn auch die öffentlichen Tanzlustbarkeiten allgemein gesehen polizeilichen Gefahren ergeben, so kann sie die Polizei doch nicht allgemein und ausnahmslos durch Polizeiverordnungen verbieten. Denn die öffentlichen Tanzlustbarkeiten sind trotz ihrer möglichen Gefahren nach allgemeiner Auffassung in unserer Zeit zu einem geordneten menschlichen und staatlichen Zusammenleben erforderlich. Ihre Ausschaltung durch ein grundsätzliches völliges Verbot würde ebenso wie das Verbot des Theaterspielens oder des Bauens die öffentliche Ordnung stören.[4]) Außerdem würden bei völliger Unterdrückung der öffentlichen Tanzlustbarkeiten schwerere Nebenschäden entstehen als durch das Verbot der Tanzlustbarkeiten überhaupt Schäden verhütet werden. Die Po-

[1]) Siehe auch KG im „Das Recht“ 08, S. 133.

[2]) Siehe auch KG in Goldt-Arch. Bd. 42, S. 144. EOVG im PrVBl. 23, S. 698 f. KG im „Das Recht“ 08, S. 133. Aus diesem Grunde spricht auch das KG in seiner Entscheidung J. 20, C. 154 einem Theaterverein das Merkmal der geschlossenen Gesellschaft ab und stimmt so im Ergebnis mit dem OVG überein.

[3]) Wenn im Folgenden von Tanzlustbarkeiten die Rede ist, sind immer öffentliche T. gemeint.

[4]) Siehe auch Drews Preuß. Pol. Recht, S. 65, 37, 59, 19.

lizei würde durch die ohne weitere Rücksicht vorgenommene Beseitigung der Tanzlustbarkeiten an die Stelle einer Störung eine noch größere Störung setzen. Das ist aber nicht die Aufgabe der Polizei.[1]) Bei völliger Unterdrückung der Tanzlustbarkeiten besteht die große Gefahr, daß die Menschen aus dem ihnen angeborenen Urtrieb, zu tanzen, das Tanzen überall geheim betreiben und sich so der polizeilichen Aufsicht ganz entziehen. Auch bedeuten die Tanzlustbarkeiten oft eine relativ harmlose Lösung sexualer Spannung, die sich bei völligem Verbot in gefährlicherer Weise entlädt. Erwähnt sei nur an die durch das Alkoholverbot in Amerika hervorgerufenen Auswüchse, die eine gesteigerte Kriminalität hervorgerufen haben. Die öffentlichen Tanzlustbarkeiten sind aber geradezu wichtig zur Familiengründung. Die Ehe ist die Grundlage des Staates. Der Tanz aber ist die beste Gelegenheit, sich zwanglos kennen zu lernen und gibt häufig den ersten Anlaß zu einer späteren Verbindung. Bezeichnend sind die Klagen der Mütter während des Weltkrieges über das Tanzverbot und die hierdurch verursachte Unmöglichkeit für ihre Töchter, Bekanntschaften zu machen.[2]) Der Tanz ist aber auch zur Erholung und zum Vergnügen von Bedeutung. Beides hat der Mensch nötig. Er gewinnt dadurch neue Lust und Kraft zur Arbeit. Schließlich stellt das völlige Verbot der Tanzlustbarkeiten nicht die nötige Anstalt dar. Nach allgemeiner Ansicht bedeuten Tanzlustbarkeiten in richtigen Grenzen keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Die Polizei kann also nur solche Maßnahmen treffen, die die Einhaltung der richtigen Grenzen sicherstellen. Ein völliges Verbot der Tanzlustbarkeiten durch eine Polizeiverordnung wäre also durch § 14 PVG nicht gedeckt, nach dem die Polizei nur die erforderlichen Maßnahmen treffen darf.

§ 2.

Wohl aber kann die Polizei die Tanzlustbarkeiten von einer Erlaubnis abhängig machen. Denn wenn auch nach den früheren Ausführungen die durch die Tanzlustbarkeiten verursachten abstrakten Gefahren hingenommen werden müssen, weil durch ein völliges Verbot die öffentliche Ordnung gestört würde, so steht die Polizei Tanzlustbarkeiten doch nicht ganz machtlos gegenüber. Denn ihre Aufgabe ist Gefahrabwehr. Wenn also im Einzelfalle durch eine Tanzlustbarkeit eine konkrete Gefahr vorliegt, ist das Einschreiten der Polizei in diesem Falle berechtigt. Um aber eine Einschreitungsmöglichkeit zu finden, muß die Polizei vorher prüfen können, ob eine konkrete Gefahr besteht, um zu verhindern, daß die abstrakte Gefahr, die hingenommen werden muß, sich im Einzelfall verwirklicht. Sie kann also eine Erlaubnispflicht einführen. Fraglich ist nun, welche Art der Erlaubnis, die freie oder gebundene Erlaubnis, der Polizei zusteht. Da von der Entscheidung dieser Frage die weitgehendsten Folgerungen für die Arbeit abhängen und die Arbeit sich an dieser Stelle von der in der Wissenschaft und Rechtsprechung herrschenden

[1]) Drews a. a. O., S. 37.
[2]) Siehe auch Rechenbach im PrVBl. 40, S. 541.

Lehre abwendet, beschäftigen sich die folgenden Ausführungen mit dem Begriff und Wesen der freien und gebundenen Erlaubnis und dem in ihnen enthaltenen Begriff des Ermessens in den Erscheinungsformen des freien und gebundenen Ermessens und der Ermessensüberschreitung. Denn erst ihre klare Erfassung ermöglicht die Beantwortung der Frage.

1. Kapitel.

Eine freie Erlaubnis liegt dann vor, wenn die Erteilung oder Versagung der Erlaubnis in das freie Ermessen der Polizei gestellt ist. Nach von Laun[1]) bedeutet freies Ermessen die Ermächtigung der staatlichen Vollzugsorgane, nach ihrer eigenen pflichtmäßigen Ansicht und ihrem eigenen pflichtmäßigen Wollen selbst zu bestimmen, was der unmittelbare Zweck ihres Handelns sein soll, wenn der Gesetzgeber ihn nicht bestimmt hat, da sich nicht immer im voraus sagen läßt, welche unmittelbare Zwecke das staatliche Organ im Einzelfall verfolgen soll. Weiter gibt es nach von Laun (S. 95) gegenüber dem freien Ermessen der Behörde kein subjektives Recht; denn freies Ermessen bedeutet ja die Möglichkeit der Wahl zwischen zwei oder mehreren Arten eines Verhaltens, ohne daß diese Wahl normwidrig ist. Was aber nicht normwidrig ist, kann auch kein subjektives Recht verletzen. Aehnlich bestimmen Bühler[2]) und Jellinek[3]) den Begriff des freien Ermessens, nur daß sie das Problem des freien Ermessens nicht wie von Laun aus der Natur der Sache lösen wollen, sondern auf die rechtliche Wirklichkeit abstellen. Als Gemeinsames und Wichtiges läßt sich bei diesen Schriftstellern feststellen: freies Ermessen bedeutet Freiheit von subjektiven Rechtsansprüchen Dritter. Es hat niemand ein Recht darauf, daß die Behörde eine bestimmte Ansicht hat über das, was gut ist oder nicht.

Da alle drei Schriftsteller ihre Ergebnisse auf abstrakt logischem Wege gewonnen haben, ist eine Untersuchung geboten, wie die Gesetze derjenigen Länder, die den Ausdruck „freies Ermessen" ausdrücklich gebrauchen, ihn auffassen, die Gesetze von Oesterreich, Bayern, Württemberg, Baden und Thüringen. Die Motive zu diesen Gesetzen erklären, was mit dem Ausdruck „freies Ermessen" gemeint ist. In den Motiven zu Artikel 14 des Entwurfs des württembergischen Gesetzes steht: „Auf dem Gebiete der eigentlich reinen Verwaltung, wo innerhalb des Ermessens der Verwaltungsbehörden die Verfügung nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit getroffen werden, gibt es kein Recht des Einzelnen darauf, daß die Verfügung

[1]) von Laun, a. a. O., S. 62.

[2]) Bühler, a. a. a. O., S. 26: „Freies Ermessen ist die vom Gesetz einer Behörde gewährte Möglichkeit, die Entscheidung in einer Verwaltungsmaßnahme danach zu treffen, ob sie ihre Wirkung vom Standpunkt der Förderung der Staatszwecke aus für wertvoll hält oder nicht".

[3]) Gesetz usw. S. 89: „Freies Ermessen ist die vom Recht mit Maßgeblichkeit ausgestattete, fehlerfrei zustande gekommene individuelle Entscheidung über den Wert oder Unwert einer Verwirklichung.

[4]) Oesterreichisches Gesetz § 3 lit. e. — Bayer. Verw. Ger. Ges. v. 8. 8. 78, Art. 13, Ziff. 3. — Württemb. Ges., Art. 13, Abs. 2. — Badisches Verw.-Rechtspflege-Ges. § 4, Abs. 4. — Thüring. Landesverw.-Ordn. 1926, § 128.

im Einzelfall so und nicht anders getroffen wird. [1]) Ebenso stellen die Motive des bayrischen Gesetzes den Fällen, wo „der Schwerpunkt für die Gestaltung der Verhältnisse gesetzlich in den Willen der betreffenden Verwaltungsbehörde gelegt ist", die gegenüber, in denen „von einem Recht der Beteiligten ... die Rede sein kann". [2]) Freies Ermessen bedeutet also nach diesen Gesetzen: die Behörde ist dem Untertan nicht zu einem bestimmten Tun verpflichtet; oder vom Staatsbürger aus gesehen: der Einzelne hat kein Recht, von der Behörde ein Vorgehen in bestimmter Richtung zu verlangen. Diese Auffassung des Ermessungsbegriffs stimmt also mit der von Laun, Bühler und Jellinek überein.

In demselben Sinne wird der Begriff „freies Ermessen" auch vom Preußischen Oberverwaltungsgericht gebraucht, heißt es doch in der Entscheidung Bd. 54, S. 438: „Bei dem freien Ermessen wird dem Antragsteller mit der Erlaubnis etwas gewährt, worauf er kein Recht hat." [3]) Wichtig für die Klärung des Ermessensbegriffs und seine Abgrenzung von der gesetzlichen Gebundenheit ist nun folgende Erkenntnis: Jede Handlung des freien Ermessens ist in irgend einer Beziehung gesetzlich gebunden durch Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften, materiellrechtliche Voraussetzungen und die Verfolgung eines erlaubten Zwecks. So besteht eine positive Begrenzung (Bindung) der Polizeibehörde in Bezug auf das freie Ermessen dahin, daß sie nur polizeiliche Zwecke verfolgen darf. Denn letztes Ziel ihres Handelns ist das öffentliche Interesse. An dieser Stelle hört das freie Ermessen auf, ein Eingriff in den subjektiven Rechtskreis des Einzelnen ist gegeben und die Rechtsverletzung beginnt. Man sollte dann auch nicht mehr die Wendung gebrauchen: fehlerhafte Anwendung des freien Ermessens, [4]) die nur zur Verwirrung des Ermessensbegriffs beiträgt. Freies Ermessen kann nur innerhalb einer bestimmten Grenze richtig oder falsch geübt werden. Ist diese Grenze überschritten, handelt es sich um die Verletzung objektiven Rechts. [5]) Zu empfehlen ist der Ausdruck „Ermessensüberschreitung", der darauf hindeutet, daß kein Ermessen mehr vorliegt.

In dem so gefundenen Begriff des Ermessens liegt: freies Ermessen bedeutet einerseits Freiheit des Urteils, dadurch gekennzeichnet, daß die subjektive Ansicht der Behörde z. B. über das Bestehen von Gefahren als objektiv richtige Tatsache zu gelten hat, andererseits Freiheit in der Handlung dergestalt, daß die Behörde nach irgendwelchen Gesichtspunkten z. B. Zweckmäßigkeitsfragen entscheiden kann, ob sie eine Handlung verbieten will oder nicht, dabei aber nicht an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist.

Gebundenes Ermessen bedeutet einerseits Bindung des Urteils an objektiv bestehende Normen dergestalt, daß z. B. ein Ofen von

[1]) Verhandlgn. d. württ. Kammer d. Abgeordn. 1875, Beil. Bd. 1, S. 863. Motive zu Art. 14.
[2]) Motive zu Art. 10 des Entw. (Verhdlg. d. Kammer d. Abgeordn. d. bayer. Landtags 1877/8, Beil., Bd. 3, S. 22.
[3]) Ebenso EOVG, Bd. 55, S. 434.
[4]) O. Mayer, a. a. O., Bd. 1, S. 166.
[5]) So auch Schön, Verw.-Arch., Bd. 27, S. 145.

feuerpolizeilichen Gesichtspunkten aus als ungefährlich zu bezeichnen ist, wenn er sich in einer bestimmten genau angegebenen Entfernung von brennbaren Gegenständen befindet oder ähnlichen Anforderungen entspricht, andererseits Bindung in der Handlung an bestimmte scharf umrissene Voraussetzungen, die entweder in der Polizeiverordnung, die das Ermessen bestimmt, angegeben sind, oder nach gebundenem oder freien Ermessen des Urteils gefunden werden, und bei deren Fehlen eine bestimmte Handlung vorgenommen oder unterlassen werden muß.

Die Anwendung des Ermessensbegriffs auf die gebundene Erlaubnis ergibt, daß bei gebundener Erlaubnis das Ermessen in Bezug auf die Handlung immer gebunden ist, in Bezug auf das Urteil ist es verschieden. Bei Bestehen objektiver Normen besteht ebenfalls eine strenge Bindung an diese Normen. Da sich aber solche Normen nicht immer angeben lassen, muß man in solchen Fällen der Behörde in der Beurteilung freies Ermessen zubilligen.

2. Kapitel.

Nach der Klarstellung dieser Begriffe ist nunmehr die oben aufgeworfene Frage zu beantworten, welche Art der Erlaubnis der Polizei bei Tanzlustbarkeiten zugebilligt werden kann. Nach Drews [1]) steht der Polizei freie Erlaubnis nur dann zu, wenn Handlungen oder Zustände wegen ihrer abstrakten Gefahr ganz allgemein und völlig verbietbar sind. Der Begründung von Drews ist zuzustimmen. Denn die Zulassung einer Ausnahme von der Verbotsregel, abhängig von dem freien Ermessen der Polizei, ist ein Weniger gegenüber dem zulässigen völligen Verbot. Da nach den früheren Ausführungen (S. 10,11) Tanzlustbarkeiten nicht grundsätzlich allgemein verbietbar sind, kommt also eine freie Erlaubnis bei Tanzlustbarkeiten nicht in Frage, vielmehr ist der Polizei nur gebundene Erlaubnis zuzusprechen. [2]) Abgesehen von dieser Ableitung liegt die Richtigkeit der Behauptung in Folgendem: Wenn die abstrakte Gefahr hinzunehmen ist, kann nur bei konkreter Gefahr verboten werden, d. h. bei bestimmter scharf umrissener Voraussetzung des § 14 PVG; das an eine bestimmte Voraussetzung gebundene Verbieten oder allgemeiner das gebundene Ermessen bezüglich einer Handlung ist aber das Kennzeichen der gebundenen Erlaubnis.

Wenn der Polizei bei Tanzlustbarkeiten ganz allgemein gebundene Erlaubnis zugesprochen wird, so ist damit noch nichts gesagt über ihr Ermessen in der Beurteilung, ob eine Gefahr vorliegt, wenn hierfür keine Angaben in der Polizeiverordnung gegeben sind. Ueber diese Frage äußert sich Drews nicht. Um sie entscheiden zu können, ist zunächst festzustellen, daß die Polizei gegen den Einzelnen und gegen die Gesamtheit einschreiten kann.

Gegen den Einzelnen kann sie vorgehen, indem sie ihm die Abhaltung von Tanzlustbarkeiten verbietet. Die Beurteilung, ob durch den Einzelnen Gefahren hervorgerufen werden gemäß § 14

[1]) Drews, Preuß. Pol.-Recht, S. 64, 65.
[2]) So auch wohl Drews, a. a. O., S. 65, 19.

PVG, ist in das gebundene Ermessen der Polizei zu stellen. Die Gefahr kann nämlich nur in dem Bereich der Bau-, Feuer- und Sicherheitspolizei fallen, d. h. in Gebiete, die der objektiven Normierung zugänglich sind. Man kann objektiv bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein Gebäude den bau- und feuerpolizeilichen Anforderungen entspricht. In Zweifelsfällen ist etwa ein Baurat oder Branddirektor als Sachverständiger zu hören. Aus dem weiten Gebiet der Sicherheitspolizei kommen hier bei Betrachtung der Einzelpersonen nur objektiv feststellbare sicherheitspolizeiliche Gesichtspunkte in Frage. Es handelt sich darum, ob in der Person des Antragstellers keine Bedenken bestehen. Der Beweis eines einwandfreien Lebenswandels des Antragstellers wird durch einen Auszug aus dem Strafregister geführt. Gerede und Vermutungen genügen nicht. Gefahren für die Sittlichkeit und damit eine Voraussetzung für die Zusprechung des freien Ermessens aus der großen Zahl der Lokale, die Tanzlustbarkeiten abhalten, herzuleiten, wäre verfehlt. Eine Anregung zum Müßiggang und eine Gefahr der Sittenverderbnis ist wohl durch die Möglichkeit gegeben, jeden Abend zu tanzen, aber nicht durch die Möglichkeit, an einem Abend in verschiedenen Lokalen zu tanzen. Also ist von der Erlaubnis keiner auszuschließen, vorbehaltlich besonderer Umstände in bau-, feuer- und sicherheitspolizeilicher Hinsicht.

Gegen die Gesamtheit der Tanzlustbarkeiten Veranstaltenden kann die Polizei einschreiten, indem sie die Zeiten für ihre Abhaltung beschränkt. In der unbeschränkten Zahl der Tanzereien z. B. in dem Tanzen an jedem Tag in der Woche liegt eine Gefährdung der Sittlichkeit, Gesundheit, Volkswirtschaft, Anregung zum Müßiggang. Für die Beurteilung, ob die Sittlichkeit, Gesundheit, Volkswirtschaft usw. gefährdet ist und für die Beurteilung, wie viele Tage für die Abhaltung von Tanzlustbarkeiten zugebilligt werden können, also für die Beurteilung der Bedürfnisfrage, deren Entscheidung der Polizei ebenfalls bei Tanzlustbarkeiten vorgelegt wird, lassen sich aber keine objektiven Normen aufstellen. Dieses läßt sich nur von Fall zu Fall, von Gegend zu Gegend, von Mensch zu Mensch unter Berücksichtigung der ständig wandelnden Anschauungen entscheiden, d. h. nur subjektiv. Es ist also in der Beurteilung dieser Fragen der Polizei freies Ermessen zuzubilligen. Hat sie aber eine Gefährdung der Sittlichkeit, Gesundheit usw. verneint oder ein Bedürfnis bejaht, so ist sie an ihr eigenes Urteil gebunden und hat die Erlaubnis zu erteilen, d. h. die zweite Seite des Ermessens: Freiheit in der Handlung dergestalt, daß sie nach irgend welchen objektiven Gründen z. B. Zweckmäßigkeitsfragen frei entscheiden kann, ob sie die Erlaubnis trotzdem nicht erteilen soll, etwa weil die Sittlichkeit bald gefährdet werden könnte oder ein Bedürfnis bald wegfällt, und sie die Erlaubnis dann doch zurücknehmen würde, ist ihr nicht zuzubilligen. Denn aus der Unmöglichkeit eines allgemeinen Verbots der Tanzlustbarkeiten wegen ihrer Bedeutung für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung trotz der mit ihnen verbundenen abstrakten Gefahren ergibt sich, daß von dem Grundsatz des ge-

bundenen Ermessens nur notgedrungen bei objektiv nicht erfaßbaren Begriffen wie Sittlichkeit, Bedürfnis usw. eine Ausnahme gemacht wird; sind diese aber durch subjektives Urteil der Behörde als objektiv gegeben anzusehen, dann erfolgt wieder die Rückkehr zum Grundsatz des gebundenen Ermessens. So geht auch das Gaststättengesetz vor. Die Beurteilung der Bedürfnisfrage steht im freien Ermessen der Behörde. Bei festgestelltem Bedürfnis aber ist das Ermessen in der Handlung z. B. im Versagen gebunden.

Für die hier vertretene Ansicht sprechen folgende allgemeine Gesichtspunkte:

Nach Artikel 109, Absatz 1 der Reichsverfassung sind alle Deutschen vor dem Gesetz gleich. In der Wissenschaft wird besonders von Fleiner der Grundsatz der gleichen Behandlung aus dem Wesen des Rechtsstaats hergeleitet, der die Verwaltung nur nach Maßgabe und innerhalb der Schranken des Gesetzes gegen die Bürger vorzugehen ermächtigt. „Mit dem rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff hat sich organisch die Forderung nach einem für alle Bürger gleichen Recht verbunden. [1]) Dieser Grundsatz ist in Artikel 109 RV verankert. Es heißt heute: „Gleiches Recht für alle!" Auch bei Handhabung des freien Ermessens ist dieser Grundsatz zu berücksichtigen. Artikel 109 RV richtet sich nicht nur an die Rechtsprechung sondern auch an die Verwaltung. [2]) Jeder Bürger muß bei Gleichheit der tatsächlichen Verhältnisse und der Rechtslage auch gleich behandelt werden, für Willkür ist kein Platz.

Die Stellungnahme des OVG zu dieser Frage ist nicht einheitlich. [3]) Teilweise hat es auf die Bemerkung des Klägers, schlechter behandelt zu sein als die Anderen, erklärt, ungleiche Behandlung sei der Nachprüfung entzogen [4]) oder aber, aus einer ungleichen Behandlung könne man nicht „ohne weiteres" auf das Nichtvorhandensein von „objektiv polizeilichen Motiven" schließen. Dem ist zuzustimmen, dagegen aber zu betonen, daß die angefochtenen Verfügungen gegen den Grundsatz der gleichen Behandlung verstoßen und deshalb objektiv fehlerhaft sind. Dagegen wird in der neueren Entscheidung Bd. 54, S. 266 eine Verfügung wegen ungleicher Behandlung aufgehoben, weil es „an jedem erkennbaren Anhalte, der eine verschiedenartige Behandlung des Klägers zu rechtfertigen vermöchte, fehlt. Die Anerkennung dieses Rechtssatzes ist auch in den Entscheidungen der Verwaltungsgerichte der außerpreußischen Länder zu finden. Das Oldenburgische Oberverwaltungsgericht [5] erhob auf

---

[1]) Fleiner, Institutionen, S. 131 ff.

[2]) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs z. Art. 109.

[3]) Das OVG hat bei der Gelegenheit der Ueberprüfung poliz. Verfügungen zu dieser Frage Stellung genommen. Die systematisch mehr in den 3. Teil der Arbeit gehörende Behandlung dieser Stellungnahme ist durch die Verquickung der Frage der Rechtsverletzung mit der der Anerkennung des Grundsatzes von Art. 109 RV in diesen Teil vorzuverlegen.

[4]) EOVG im PrVBl., Bd. 30, S. 277 r lautet: „Ob gegen kleine Fenster in anderen Fällen nicht eingeschritten ist, ist belanglos.

[5]) OldoVG E., Bd. 37, S. 174.

die Behauptung des Klägers, seine Gesuche um Genehmigung eines Herrenballs seien grundsätzlich abgeschlagen worden, während die der anderen Wirte stets genehmigt worden seien, Beweis. In einer neueren badischen Entscheidung wird Artikel 109 RV herangezogen, der sonst nicht erwähnt ist. Die hier vertretene Auffassung über die Berücksichtigung des Grundsatzes der gleichen Behandlung wird also durch diese neueren verwaltungsgerichtlichen Urteile bestätigt.

Durch eine Beschränkung der Zeiten der Tanzlustbarkeiten aber werden alle Veranstalter von Tanzlustbarkeiten gleichmäßig betroffen; jeder darf zum Beispiel nur an 3 Tagen in der Woche tanzen lassen, während bei einer Beschränkung der Zahl der Tanzlustbarkeiten Veranstaltenden etwa ein Teil jeden Tag Tanzlustbarkeiten abhalten kann, während ein anderer Teil von der Abhaltung völlig ausgeschlossen ist.

Eine Beschränkung der Zahl der Tanzlustbarkeiten Veranstaltenden stellt auch nicht die nötige Anstalt dar. Ausreichend ist eine Beschränkung der Zeit in der Weise, daß z. B. statt an sechs nur an drei Tagen in der Woche Tanzlustbarkeiten stattfinden dürfen. Hierdurch kann die Polizei je nach Bedürfnis Tanzlustbarkeiten zulassen und hat so das Heft fest in der Hand. Infolgedessen ist es billig, diesen schwächeren Eingriff vorzunehmen und nicht einem Teil der Bevölkerung die Abhaltung von Tanzlustbarkeiten völlig zu unterbinden, der vielleicht besser uud billiger wirtschaften würde. Anders geht zwar das Gaststättengesetz hier insofern vor, als die Zahl der Gaststätten durch Zurückweisung von Anträgen auf Erteilung der Schankerlaubnis niedrig gehalten werden kann. Dieser starke Eingriff ist deshalb nötig, weil Wirtschaften nicht wie Tanzlustbarkeiten nur für zwei oder drei Tage in der Woche erlaubt werden können.

Für die hier vertretene Ansicht spricht endlich der Grundsatz der Gewerbefreiheit, in den durch die bekämpfte Reglung stark eingegriffen wird, sodaß die freie Konkurrenz gestört ist. Ein Ueberhandnehmen der Veranstalter von Tanzlustbarkeiten wird durch die freie Konkurrenz von selbst geregelt und unterbunden.

Dagegen billigen das Oberverwaltungsgericht [1]) und die Wissenschaft [2]) der Polizei ohne weitere Begründung eine freie Erlaubnis mit freiem Ermessen zu. Es handelt sich hier um ein Ueberbleibsel des alten Polizeistaats, der überall bevormundend und selbstherrlich eingriff. Diese allzu starke Bevormundung ist dem heutigen Rechtsempfinden fremd. Aus dieser überlebten Anschauung heraus entscheidet das OVG in dem Erkenntnis vom 12. 4 1915 III B 173/14: „Die Tanzerlaubnis kann aus objektiven Gründen versagt werden. Zu diesen objektiven Gründen gehört das Nichtvorhandensein eines Bedürfnisses. Wenn bereits eine genügende Zahl von Wirtschaften mit Tanzerlaubnis vorhanden ist, dann rechtfertigt sich die Versagung ohne weiteres."

Mit der hier vertretenen Ansicht stimmt die derzeitige Praxis

[1]) EOVG im PrVBl. 47, S. 191 r.
[2]) Friedrichs im PrVBl. 30, S. 321. Delius, Das öffentliche Vereins- und Vers.-Recht S. 84. Olshausen im PrVBl. 29, S. 141 i.

überein. Einen Beweis liefert die Verfügung des Regierungspräsidenten vom 2. 7. 1924 I C 2806 zur Regierungspolizeiverordnung vom 24. 11. 22.

§ 1 der Verordnung lautet: Wer eine öffentliche Tanzlustbarkeit veranstalten will, bedarf hierzu einer schriftlichen Erlaubnis der Ortspolizeibehörde.

Die Verfügung zu dieser Verordnung lautet: Oeffentliche Tanzlustbarkeiten können veranstaltet werden:

1. a) In den Großstätten (Städte über 100000 Einwohner) Sonn- und Feiertags sowie an einem Wochentage.
   b) In den Städten, soweit sie nicht unter a) fallen, Sonn- und Feiertags. Die Herren Oberbürgermeister und Landräte werden ersucht, am 20. Juli zu berichten, ob sie ein Bedürfnis für Tanzlustbarkeiten auch für einen Tag in der Woche als vorliegend erachten.
   c) In den Landgemeinden an den bisher für Tanzlustbarkeiten zugelassenen Feiertagen und an einem Sonntag im Monat. Die Herren Landräte werden ersucht, zum 20. Juli zu berichten ob sie ein Bedürfnis für Tanzlustbarkeiten auch an sonstigen Sonn- und Feiertagen für vorliegend erachten.
2. Ich betrachte es als selbstverständlich, daß für Tage von besonders ernstem Charakter, z. B. Karfreitag, Allerheiligen, Buß- und Bettag, Gedenktagen für die Kriegsopfer die Erlaubnis zur Abhaltung von Tanzlustbarkeiten versagt wird.
3. Die Erlaubnis zur Abhaltung von Tanzlustbarkeiten ist nach Maßgabe der Ziffer 1 den Inhabern aller zum öffentlichen Tanz geeigneten Räumlichkeiten auf Antrag und nach Entrichtung der festgesetzten Gebühren zu erteilen, soweit nicht besondere Gründe im Einzelnen dem entgegenstehen.

J. V.: gez. Hoche.

In 1. b) und c) wird die Beurteilung, ob ein Bedürfnis vorliegt, dem freien Ermessen des Oberbürgermeisters bezw. des Landrats überlassen, dagegen nach Ziffer 3 die Erteilung der Erlaubnis d. h. die Handlung in das gebundene Ermessen der Polizei gestellt, gebunden an das Fehlen besonderer Umstände gemäß § 14 PVG, wobei unter besonderen Gründen die scharf umrissenen Voraussetzungen im Sinne der Begriffsbestimmung des gebundenen Ermessens zu verstehen sind. Bei deren Fehlen ist die Erlaubnis allen zu erteilen.

Die Praxis der Großstädte geht vielfach noch einen Schritt weiter. Sie verzichtet auf die Beurteilung, ob ein Bedürfnis besteht, macht also von ihrem freien Ermessen in der Beurteilung dieser Frage keinen Gebrauch. In Uebereinstimmung mit der hier vertretenen Ansicht erteilt sie jedem die Erlaubnis, der die objektiven Voraussetzungen in bau-, feuer- und sicherheitspolizeilicher Hinsicht erfüllt. [1]) Dieses Vorgehen ist insofern berechtigt, als hierdurch einem Ueberhandnehmen von sogenannten geschlossenen Gesellschaften und damit

[1]) Festgestellt durch Rücksprache mit dem Dezernenten für Tanzlustbarkeiten am Polizeipräsidium zu Essen.

von Umgehungen, die der Polizei die Aufsicht erschweren oder ganz nehmen, vorgebeugt wird.

§ 3.

Für die Zurücknahme oder den Widerruf der Erlaubnis ergeben sich nach dem neuen Recht keine Besonderheiten mehr; sie sind jetzt geregelt im § 42, Absatz 1 und 2, PVG.

III. Teil.

Die gerichtliche Ueberprüfung der eine Versagung der Abhaltung von Tanzlustbarkeiten enthaltenden polizeilichen Verfügungen.

§ 1.

Die Versagung einer rechtlich vorgesehenen polizeilichen Erlaubnis ist nach § 40 PVG eine polizeiliche Verfügung. Hiergegen gibt es nach § 45 PVG die Rechtsbeschwerde, mit der gemäß § 46 PVG die Recht- und Zweckmäßigkeit der Verfügung angefochten werden kann. Gegen den abweisenden Beschwerdebescheid ist die Klage im Verwaltungsstreitverfahren gemäß § 49 PVG gegeben, die nach § 50 PVG auf eine Beeinträchtigung des Klägers in seinen Rechten zu stützen ist. Die für das alte Recht bestehende Streitfrage, ob die Beeinträchtigung eines subjektiven Rechts im technischen Sinne oder eines weiter gefaßten Rechts gemeint ist, besteht für das neue Polizeiverwaltungsgesetz fort, da § 50 PVG nur eine stilistische Aenderung des § 127, Absatz 3 LVG bedeutet. Nach der Ansicht von Bühler[1]) ist bei dem Ausdruck „verletzt in seinen Rechten" im § 127, Absatz 3 LVG nur an subjektive Rechte zu denken. Das soll in Anbetracht des Plurals und des Personalpronomens „seinen" nicht bezweifelt werden können. Den Plural Rechte statt Recht könne man im übrigen „ignorieren". Es sei das lediglich eine „etwas schwungvollere Ausdrucksweise".

Dagegen bedeuten nach der in der Wissenschaft und Rechtsprechung herrschenden Lehre die Worte „in seinen Rechten verletzt" nicht, daß der Kläger in einem subjektiven Recht verletzt ist, sondern nur, daß irgendwie gerade in den vom Rechte anerkannten Lebenskreis des Einzelnen eingegriffen worden ist.[2]) Als Gründe werden angeführt erstens der Wortlaut der Klausel; hiernach sei in seinen Rechten nicht nur der verletzt, „der in einem jener bestimmten einzelnen Rechte verletzt ist, die nach der Begriffsbestimmung der modernen Theorie spezifisch als subjektive Rechte anzusehen sind", sondern schon jeder, in dessen allgemeinen Rechtskreis rechtswidrig eingegriffen sei.[3]) Vor allem aber führt Schoen[4]) zur Begründung der herrschenden Auffassung die Motivierung der Worte „in seinen Rechten verletzt" im Entwurfe des Organisationsgesetzes vom 26 Juli 1880 an, aus dem der § 127, der Vorgänger von § 50 PVG, wörtlich

[1]) Bühler, a. a. O., S. 290, 294, 295.
[2]) von Brauchitsch, a. a. O., Bd. I, S. 222. Schön, a. a. O., S. 92—94. Drews, a. a. O., S. 92.
[3]) Schoen, a. a. O., S. 92.
[4]) Derselbe S. 93.

übernommen ist. Die Motive lauten: „Die Klageformel § 30, Nr. 1 und 2 des Zuständigkeitsgesetzes ist etwas abgeändert worden, und zwar durch die Aufnahme des Erfordernisses, daß Kläger durch den angefochtenen Bescheid in seinen Rechten verletzt sein müsse". „Es soll damit der Klage der individuelle Charakter beigelegt und die Zulässigkeit einer sogenannten Popularklage ausgeschlossen werden".

Dieser von der herrschenden Meinung vertretenen Auffassung ist aus folgenden Gründen beizutreten:

Daß die Klage auf die Verletzung subjektiver Rechte beschränkt sei, ist aus dem Wortlaut nicht ersichtlich. Dies hätte besonders hervorgehoben werden müssen. Vor allem aber ist es äußerst unwahrscheinlich, daß der Gesetzgeber nur bei Verletzung subjektiver Rechte eine Klage geben wollte. Die Gerichte hätten sich bei jeder Klage gegen eine polizeiliche Verfügung über die oft sehr zweifelhafte und umstrittene Frage klar zu werden, ob die Verletzung eines subjektiven Rechts in Frage steht. Das kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben. Vielmehr geht sein Wille aus der von Schoen angeführten Entstehungsgeschichte des § 127, Absatz 3 hervor. Es sollte dem § 63 des Organisationsgesetzes, dem Vorgänger von § 127, Absatz 3, im Gegensatz zu dem § 30 des Zuständigkeitsgesetzes vom 26. Juli 1876 der individuelle Charakter beigelegt und die Zulässigkeit einer sogenannten Popularklage ausgeschlossen werden. Das heißt nur, es sollte nicht jeder klagen können, der ein Interesse an der Aufhebung der Verfügung hat, nicht aber, daß ein subjektives Recht erfordert wird. Es genügt vielmehr ein Eingriff in den vom Rechte anerkannten Lebenskreis des Einzelnen.

Diese Ansicht teilt auch das OVG, nach dem Eingriffe in die „Rechtssphäre" [1]) jemandes, in die „rechtlich geschützten Interessen" [2]) mit der Klage angefochten werden können. Von Bühler wird dieses allerdings unter Berufung auf die jetzt zu besprechenden Urteile des OVG bestritten. Den Entscheidungen, die einen Eingriff in das „Rechtsgebiet" oder die „Rechtssphäre" des Klägers einer Verletzung des Klägers „in seinen Rechten" gleichstellen, stehen nämlich auch solche gegenüber, die eine Verletzung subjektiver Rechte zur Voraussetzung der Klage machen. Entscheidung Bd. 2, S. 353, 354 sagt, das Verwaltungsstreitverfahren sei seiner ganzen Anlage und Aufgabe nach wie jedes andere gerichtliche Verfahren darauf beschränkt, solche Interessen zu schützen, „deren Verletzung zugleich eine Verletzung subjektiver Rechte in sich schließt". [3]) Wie ist dieser Widerspruch zu lösen? Der Begriff des subjektiven Rechts ist, wie Schoen [4]) mit Recht bemerkt, in diesen Entscheidungen nicht im strengen Sinne zu nehmen, was schon daraus hervorgeht, daß das OVG den Gegensatz zum Eingriff in subjektive Rechte des

[1]) EOVG Bd. 3, S. 189: Der Inhalt und der gesetzgeberische Gedanke, der auf das Streitverfahren in Polizeisachen bezügl. Vorschriften ist darin zu finden, daß diejenigen Eingriffe der Polizeigewalt in die Rechtssphäre des Einzelnen . . . der Rechtskontrolle im Streitverfahren unterliegen.

[2]) EOVG Bd. 5, S. 412, Bd. 7, S. 313, Bd. 15, S. 419.

[3]) Ebenso EORG Bd. 3, S. 215, Bd. 5, S. 266, Bd. 14, S. 382.

[4]) Schoen, Verw.-Arch., Bd. 27, S. 94.

Klägers nicht in einem Eingriff in seine anderen Rechte erblickt, sondern in der Verletzung bloßer subjektiver Interessen des Klägers.[1]) Diese Verletzung bloßer subjektiver Interessen wiederum hält es dem Eingriff in die Rechtssphäre oder das Rechtsgebiet gegenüber.[2]) Demnach ist der Eingriff in das Rechtsgebiet oder die Rechtssphäre des Klägers gleichbedeutend mit der Verletzung des Klägers in seinen Rechten.

Bei der Versagung der Tanzerlaubnis erübrigt sich also die Untersuchung, ob der Kläger in einem subjektiven Recht beeinträchtigt ist, vielmehr ist der Kläger schon dann im Sinne von § 50 PVG „in seinen Rechten" beeinträchtigt, wenn die Versagung im Einzelfall sich nicht innerhalb der Berechtigung der Polizei hält, die Abhaltung der öffentlichen Tanzlustbarkeiten aus polizeilichen Gründen zu verbieten oder einzuschränken. Wird eine solche Ueberschreitung der Befugnis behauptet, ist die Klagevoraussetzung von § 50 PVG gegeben.

Da die Abhaltung von Tanzlustbarkeiten ein Ausfluß der Freiheit und bei gewerbsmäßigen der Gewerbefreiheit ist, bedarf die Befugnis der Polizei zum Einschreiten eines besonderen Grundes. Diesen Grund liefern in Preußen die Polizeiverordnungen. Da sich die polizeilichen Versagungen oder Verfügungen auf diese Polizeiverordnungen stützen, ist im Falle der Klage zuerst immer zu prüfen, ob die zugrunde liegende PV überhaupt gültig ist.

Von den formellen Voraussetzungen ist vor allen die Ermächtigungsnorm zu suchen, die nach den früheren Ausführungen in § 14 PVG zu finden ist. Materiell muß die PV einer Gefahrabwehr dienen. Dieses Erfordernis ist bei Polizeiverordnungen, die die Abhaltung der öffentlichen Tanzlustbarkeiten von einer Erlaubnis abhängig machen, nach den früheren Ausführungen gegeben. Das Gericht hat nicht die Absicht der erlassenden Behörde zu erforschen, sondern lediglich festzustellen, ob die PV objektiv einer Gefahrabwehr dient.[3])

Das Gericht hat weiter zu prüfen, ob der Begriff der Oeffentlichkeit in der PV nicht verkannt ist. Da nur öffentliche Tanzlustbarkeiten durch PV geregelt werden können, neigen die Behörden zuweilen dazu, den Begriff der Oeffentlichkeit auszudehnen. Vor allem hat der Richter zu prüfen, ob nicht private Tanzlustbarkeiten von der Behörde mittels einer Fiktion zu öffentlichen Tanzlustbarkeiten erklärt werden, wie es wiederholt geschehen ist. Diese Prüfung haben sich das KG und das OVG wiederholt vorgenommen.[3],[4])

Schließlich hat das Gericht zu prüfen, ob im Falle der Zuerteilung einer freien Erlaubnis mit freiem Ermessen in der PV diese Zuerteilung rechtlich zulässig ist, oder nicht vielmehr nur gebundene Erlaubnis erteilt werden konnte. Hier ist zu verweisen

[1]) EOVG Bd. 1, S. 330.
[2]) EOVG Bd. 9, S. 401.
[3]) Dasselbe gilt für polizeil. Vfgn. Dort wird die Frage ausführlich behandelt,
[4]) So EOVG im PrVBl. 23, S. 698, 26, S. 308. KG J 36, C 54,
[5]) EOVG im PrVBl. 25, S. 695.

auf die Erörterungen im zweiten Teil der Arbeit, nach denen das Gericht eine PV, die der Polizei bei Tanzluftbarkeiten eine freie Erlaubnis erteilt, also sie ermächtigt, nach ihrem freien Ermessen die Erlaubnis zu versagen oder nicht, wegen Ueberschreitung der durch § 14 PVG gezogenen Grenzen für ungültig zu erklären ist.

Ist die PV gültig, so fragt es sich, ob sich die polizeiliche Verfügung im Rahmen der PV hält. Nach der hier vertretenen Ansicht steht der Polizei gegen öffentliche Tanzluftbarkeiten grundsätzlich nur gebundenes Ermessen zu, gebunden an die Voraussetzung des § 14 PVG. Das Gericht hat also bei Versagung der Erlaubnis zu prüfen, ob Gefahren in bau-, feuer- oder sicherheitspolizeilicher Hinsicht bei Erlaß der polizeilichen Vf. vorlagen und sie im Verneinungsfall aufzuheben. Weiter hat das Gericht zu prüfen, ob die Versagung die nötige Anstalt war, oder ob nicht vielmehr eine Auflage zur Beseitigung etwaiger Anstände genügt hätte. Denn die Polizei hat nach § 14 PVG nur die notwendigen Maßnahmen zu treffen. Hier besteht keine Schwierigkeit, da die Prüfung, ob bei gebundener Erlaubnis die Bindung eingehalten ist, unstreitig die Prüfung einer Rechtsfrage ist. Gebundene Verwaltungsakte unterliegen nach der allgemeinen Regel der Ueberprüfung durch die Gerichte.

§ 2.

Zweifel entstehen aber, wenn der Antragsteller die Erlaubnis zwar erhält, aber statt der beantragten sechs Tage nur drei Tage in der Woche für die Abhaltung von Tanzluftbarkeiten zugebilligt bekommt und nun auf Aufhebung dieser Verfügung etwa mit der Behauptung klagt, die Erlaubnis für sechs Tage sei nur aus Schikane versagt worden. Es fragt sich also, ob es eine Klage gibt, wenn der Behörde freies Ermessen zusteht. Hier wird wieder von Bedeutung das im zweiten Teil der Arbeit über Ermessen und Ermessensüberschreitung Gesagte, auf das verwiesen wird. [1]) Dort ist ausgeführt, der Ausdruck Ermessensüberschreitung gebe gut wieder, daß gar kein Ermessen mehr vorliege. Hier ist nun weiter zu sagen, daß es ohne Ermessen keine Ermessensfrage gibt, sondern bei Ermessensüberschreitung die Verletzung einer Rechtsnorm und damit eine Rechtsfrage gegeben ist. Macht der Kläger also eine Ermessensüberschreitung geltend, so behauptet er eine Rechtsverletzung im Sinne von § 14 PVG. Damit ist die Klagevoraussetzung von § 50 PVG vorhanden. [2])

Diesen Standpunkt vertritt auch das OVG in ständiger Rechtsprechung. So heißt es in der Entscheidung Bd. 9, S. 404: „Die

[1]) S. 12 ff.

[2]) So urteilt auch Fleiner Institt., S. 258, nach dem die Entscheidung darüber, „ob und wie weit Raum für ein freies Ermessen vorhanden ist, durch Rechtsnormen bestimmt wird, und ob nicht Ermessensmißbrauch oder Ermessensüberschreitung vorliegt, ist nicht selbst wieder Ermessens- sondern Rechtsfrage". A. Merkl, a. a. O., weist darauf hin, die Prüfung eines Verwaltungsaktes darauf hin, ob eine Ermessensüberschreitung vorliege, sehe sich auf den ersten Blick als ein besonderer Fall von Ermessenskontrolle an, es handle sich in Wirklichkeit aber um einen qualifizierten Fall von Rechtskontrolle, da ja E.-Ueberschreitung in den Kreis der rechtlich. Bindung eingreife.

Verordnung, . . ., zieht den Polizeibehörden für die Erteilung oder Versagung der erbetenen Erlaubnis keine in allen Beziehungen bestimmten Schranken. Daraus folgt aber noch nicht, daß der Verwaltungsrichter die angefochtene Verfügung materiell überhaupt nicht, wie Beklagter meint, zu prüfen hätte. Denn das in gewissem Umfang freie Ermessen ist nicht gleichbedeutend mit Willkür, hat immerhin in dem bestehenden Recht für seine Uebung feste Normen". Die Entscheidung Bd. 58, S. 244 lautet: „Die Handhabung eines solchen Ermessens unterliegt der Nachprüfung durch den Verwaltungsrichter nur darauf hin, ob nicht die Polizeibehörde ohne jedes polizeiliche Motiv, oder, wie es auch ausgedrückt wird, aus Schikane oder in Willkür gehandelt hat, mit anderen Worten keine Uebung dieses Ermessens vorliegt". Diese letzten Worte bringen besonders deutlich die Ansicht des OVG zum Ausdruck, daß es sich um eine reine Rechtsverletzung und damit Rechtsfrage handelt. In diesem Sinne sind noch zahlreiche Entscheidungen ergangen. [1])

Das Gericht hat also bei einer derartigen Klage zunächst die Gültigkeit der PV und dann die Einhaltung der Grenzen der PV durch die polizeiliche Vf. zu untersuchen. Bei der Untersuchung der polizeilichen Vf. spricht man von einer Prüfung der äußeren [2]) und inneren [3]) Grenzen der Vf.

1. Kapitel.

Bei der Prüfung der äußeren Grenzen des freien Ermessens ist davon auszugehen, daß der Ausschluß der Ermessensüberprüfung, dessen Berechtigung erst weiter unten zu erörtern ist, die Gerichte nicht hindert zu prüfen, ob die Polizei die ihrem Ermessen gezogenen Grenzen nicht überschritten hat, d. h. z. B. ob die Erteilung der Erlaubnis für nur drei Tage objektiv einer Gefahrabwehr gemäß § 14 PVG dienen konnte. [4]) Das Recht des Gerichts zur Ueberprüfung der äußeren Grenzen des freien Ermessens wird übereinstimmend anerkannt. Denn es handelt sich um eine Rechtsfrage, da § 14 PVG, der das Recht der Polizei zum Vorgehen gegen den Bürger begrenzt, eine Rechtsnorm ist. Die Prüfung der äußeren Grenzen der Vf.

[1]) EOVG Bd. 57, S. 304,5, Bd. 41, S. 416, Bd. 50, S. 369, Bd. 29, S. 446, Bd. 32, S. 394, Bd. 37, S. 345, Bd. 39, S. 367, Bd. 42, S. 427, Bd. 50, S. 368, Bd. 55, S. 466, Bd. 59, S. 375, Bd. 64, S. 499, 500, Bd. 74, S. 333,34.

[2]) Die Wissenschaft versteht hierunter die Prüfung des objektiven Tatbestandes von § 14 PVG.

[3]) Bedeutet Motivprüfung.

[4]) Hier ist daran zu denken, daß der durch § 14 PVG abgegrenzte Aufgabenkreis der Polizei durch gesetzliche Bestimmungen wichtigen und weitgehenden Beschränkungen unterworfen ist, sodaß der Schutz vor Gefahren, die der Allgemeinheit und den Einzelnen bevorstehen und deren Abwehr die öffentliche Sicherheit und Ordnung fordert, oft einer anderen Behördenorganisation als der Polizei übertragen ist. So ist das Gebiet des BGB, der Verfolgung strafbarer Handlungen der Wohlfahrtspflege, der Steuern und Abgaben der Polizei entzogen. Würde die Polizei trotzdem auf diesem Gebiete einschreiten, läge eine Ueberschreitung der äußeren Grenzen vor, es wäre kein objektiv erkennbares polizeiliches Motiv gegeben.

würde ergeben, daß die Erteilung der Erlaubnis für nur drei Tage objektiv einer Gefahrabwehr gelten kann. Ob nun tatsächlich eine Gefahr vorlag, ist vom Richter nicht zu untersuchen, da ja die Behörde freies Ermessen hat d. h. Freiheit in ihrem Urteil, eine Erlaubnis für mehr als drei Tage als eine Gefahr anzusehen. Es würde einen Widerspruch in sich selbst bedeuten, der Behörde freies Ermessen einzuräumen, um dieses richtig geübte freie Ermessen dann wieder nachzuprüfen. Denn freies Ermessen und Ermessensfrage einerseits und Rechtskontrolle andererseits schließen sich aus. [1])

Im Gegensatz zu der hier mit der herrschenden Meinung vertretenen Ansicht der Unüberprüfbarkeit des freien Ermessens durch die Gerichte billigen Bühler[2]), Otto Mayer[3]) und Scheuner dem Gericht die Ueberprüfung des freien Ermessens zu. Wegen der für das heutige Recht mehr zurücktretenden Begründungen der Ansichten von Bühler und Otto Mayer begnügt sich die Arbeit mit einem Hinweis auf ihre Schriften. Dagegen soll zu der neuerdings von Scheuner ausgesprochenen Meinung Stellung genommen werden.

Scheuner geht davon aus,[4]) daß die Gerichte in ständig erweitertem Umfange das Ermessen prüfen und versucht, diese Prüfung zu rechtfertigen. Seine Kritik setzt bei der von der herrschenden Lehre vertretenen Meinung ein, daß zwischen Ermessen und gesetzlicher Gebundenheit eine scharfe Grenze bestehe. Die sich daraus ergebende rechtsfreie Sphäre hat nach Ansicht Scheuners in unserem Rechtsstaat keinen Platz (S. 70). Da nun die Konstruktion einer Ueberprüfung jenseits der von der herrschenden Lehre angenommenen festen Grenzen unmöglich ist, lehnt Scheuner die Annahme einer festen Grenze ab (S. 81). Der entscheidende Punkt soll nun darin liegen, daß das Ermessen als Uebertragung individueller Entscheidung durch den Gesetzgeber aufgefaßt in die Sphäre der Rechtssetzung erhoben wird. Es darf nach Scheuner im Rechtsstaat aber nicht aus dem Bereiche der Gesetzesauslegung heraustreten. „Der Gesetzgeber enthält sich nicht der Regelung zugunsten des Organs, sondern er trifft sie so, daß die Auslegung besondere Schwierigkeiten macht. Das Ermessen ist Auslegungsfrage, damit fällt die grundsetzliche Grenze zur Gebundenheit" (S. 81). Dieses Ergebnis sucht Scheuner aus dem Gedanken des Rechtsstaats zu rechtfertigen, mit dem ein Ermessen, das dem Gesetzgeber zugunsten der Vollziehung die Entscheidung nimmt, unverträglich sein soll. Scheuner mündet dann ein in die auch von der herrschenden Lehre vertretene Auffassung (S. 95), daß die Ueberschreitung der jedem Ermessen innewohnenden Zweckgrenze Gesetzesverletzung ist, die Gerichte also, soweit die Richtlinien des Gesetzes reichen, zu Recht prüfen.

---

[1]) EOVG Bd. 29, S. 445, Jellinek, Gesetz usw. S. 14.
[2]) Bühler, a. a. O., S. 215,6.
[3]) O. Mayer, a. a. O., Bd. 1, S. 159.
[4]) Scheuner, Verw.-Arch. Bd. 33, S. 68 ff.

Die Ansicht Scheuners ist verfehlt.[1]) Das Ermessen soll Auslegungsfrage sein. „Der Gesetzgeber enthält sich nicht der Regelung zugunsten des Organes, sondern er trifft die Regelung so, daß die Auslegung besondere Schwierigkeiten macht." Diese Meinung ist abzulehnen. Der Gesetzgeber enthält sich wohl, und zwar mit Recht, da er bei der Vielgestaltigkeit des Lebens und der dauernden sich im Fluß befindenden Entwicklung nicht das Richtige voraussehen kann. Das heißt aber noch nicht, daß die Behörde vollkommen frei ist. Bestimmte oberste Zwecke, Staatswohl, öffentliches Interesse bestehen immer, auch bei freiestem Ermessen. Warum soll im heutigen Rechtsstaat für eine rechtsfreie Sphäre kein Platz mehr sein? Warum soll mit ihm ein freies Ermessen unerträglich sein, das dem Gesetzgeber zugunsten der Vollziehung die Entscheidung nimmt? Diese Auffassung beruht auf einer Ueberspannung des Rechtsstaatsbegriffs. Der Rechtsstaat kann unmöglich alles schon vorher abstrakt entscheiden. Er muß sich vielmehr auf sein gutes Beamtentum verlassen, das erst langsam tastend und der Entwicklung folgend erkennt, was im Einzelfall der Staatszweck ist. Häufig beobachtet man die Erscheinung, daß in der Verwaltung, im Kleinen, diese oder jene Neuerung versucht wird; und je nach den Ergebnissen nimmt sich der Gesetzgeber der Angelegenheit an, um diese von der Verwaltung, der Vollziehung, erprobte und für gut befundene Einrichtung gesetzlich zu regeln. Das tut dem Rechtsstaat keinen Abbruch, sondern bewirkt sein Anpassen an die Strömungen im Volk. Wohin sollte es führen, wenn der Beamte bei jeder nach freiem Ermessen vorzunehmenden Handlung das Gericht hinter sich sehen müßte! Er würde die Ruhe und Entschlossenheit verlieren, dem Staat entstände hierdurch ein größerer Schaden, als durch die Ueberprüfung des behördlichen Ermessens wettgemacht werden könnte. Und sollen die Gerichte entscheiden, was im Einzelfall der Staatszweck erfordert, die in keiner festen Verbindung mit den an die Verwaltung herantretenden Aufgaben stehen? Da träte eine Entscheidung an die Stelle der anderen, nur mit dem Unterschied, daß die erste auf Fachkenntnis und Erfahrung beruht, die zweite aber auf mehr oder weniger theoretischen Erwägungen. Erst das jahrelange Umgehen mit derartigen Fragen schärft den Blick für das Richtige. Und schadet denn wirklich das freie Ermessen so sehr? Es ist gezeigt, daß sich die verwaltungsgerichtliche Prüfung nach allen Seiten erstreckt. Es wird untersucht, ob es einer Gefahrabwehr galt und ob eine Ermessensüberschreitung vorliegt. Was von dieser Prüfung verschont bleibt, mag ruhig hingenommen werden. Hier kann kein

[1]) Schon der Ausgangspunkt ist falsch. Nach Scheuner hat das OVG mehr mehr und mehr Ermessenskontrolle geübt (S. 68). Diese sucht er zu rechtfertigen. Zu Unrecht. Das OVG hat keine Ermessenskontrolle geübt. Scheuner wirft die Begriffe „notwendig und zweckmäßig im § 17 PVG v. 1850 u. d. Begriff der „nötigen Anstalt" in § 10 II 17 ALR durcheinander, die vom OVG auseinandergehalten werden, und ordnet dadurch der Ermessensfrage unter, was Rechtsfrage ist. So auch Jellinek, Arch. OER. Bd. 32, S. 593, 594, 599, 600 und Schoen Verw.-Arch. 27, S. 145.

großer Schaden entstehen. Mit Recht hebt der Reichsfinanzhof in der Entscheidung Bd. 8, S. 6 hervor: „Die Gefahr eines Mißbrauchs des Ermessens findet ein wirksames Gegengewicht in der Hauptsache im Pflichtgefühl der beteiligten Beamten und in der Handhabung der Dienstaufsicht. Fleiner gibt die herrschende Auffassung mit den treffenden Worten wieder: „Das Verwaltungsgericht ist seinem historischen Ursprung und seiner ganzen Anlage nach nicht Oberverwaltungsbehörde sondern Rechtsschutzorgan". [1])

Eine Berechtigung zur Ueberprüfung von Ermessensfragen durch die Gerichte ist also abzulehnen.

2. Kapitel.

Ueber die bisher angegebenen Grenzen hinaus wird die Berechtigung einer angefochtenen Verfügung, die die Versagung der beantragten Erlaubnis für die Abhaltung der Tanzlustbarkeiten an 6 Tagen enthält, weiter noch im Wege der Motivprüfung untersucht, wenn geltend gemacht wird, daß sich die Polizei bei der Versagung nicht von objektiven polizeilichen Gesichtspunkten habe leiten lassen, sondern aus anderen Beweggründen vorgegangen sei.

Die Polizei ist abgesehen von Sonderregelungen zum polizeilichen Vorgehen nur ermächtigt, um die vom Gesetzgeber im allgemeinen in § 14 PVG als polizeilich anerkannten Zwecke zu verfolgen. Die Gebundenheit der Polizei an diese Zwecke besteht nicht nur nach innen hin sondern auch gegenüber der Allgemeinheit. Bei Abweichung von diesen Zwecken im Einzelfall verletzt die Polizei eine Rechtsnorm, die Frage, ob ihr Vorgehen einem als polizeilich anerkannten Zwecke dienen konnte, ist demnach eine Rechtsfrage und vom Verwaltungsgericht zu prüfen. Das OVG sagt in seiner Entscheidung Bd. 61, S. 142: „Richtig ist . . ., daß die Prüfung der Rechtsgültigkeit auch die Frage umfaßt, ob für die polizeilichen Vorschriften auch ein polizeilicher Beweggrund vorhanden ist".

Streitig ist nun, worauf bei der richterlichen Prüfung abzustellen ist, darauf, ob die Polizei die subjektive Absicht verfolgt hat, mit der Verfügung polizeiliche Interessen zu verwirklichen, oder ob die Verfügung sich auf Grund des Tatbestandes durch objektive polizeiliche Motive rechtfertigen läßt.

Rosin geht davon aus, es sei stillschweigende Voraussetzung, daß eine Polizeiverordnung (dasselbe gilt für polizeiliche Verfügungen) zur Befriedigung eines Gemeininteresses ergehen müsse. Komme der Richter nun zu der Ueberzeugung, daß die Behörde selbst subjektiv ein Gemeininteresse nicht verfolgt habe, sondern Willkür und Schikane sie bestimmt habe, so sei die Verfügung aufzuheben, was das OVG auch tue. [2]) Weiter lehrt Kunze, [3]) die Polizei sei nicht verpflichtet, im Verwaltungsstreitverfahren die inneren Gründe zu offenbaren. Tue sie es aber und zeige sich dabei Willkür, so hebe

[1]) Fleiner Institut, S. 258.
[2]) Rosin, PV-Recht S. 289. Anm. 22. Art. Pol. Vf. in v. Stengel-Fleischmann, Wört.-Buch Bd. 3, S. 110 ff.
[3]) Kunze, Das Verw.-St.-Verfahren S. 195.

der Verwaltungsrichter die Verfügung auf. Ebensowenig dürfe eine polizeiliche Verfügung durch Schikane beeinflußt sein. Dies sei kein polizeiliches Motiv, selbst wenn der Polizei der Buchstabe des Gesetzes zur Seite stehe.

Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt die in der Wissenschaft und Rechtsprechung [1]) herrschende Meinung.

Tezner hält, wenn das Gericht das Vorliegen einer Willkür nicht beachtet, dieses tatsächliche Uebergehen für richtig, denn es kommt nach ihm auf die subjektive Absicht des Verfügenden nicht an. Unsachliche Motive können nicht mehr sein als ein Anlaß für den Verdacht objektiver Fehlerhaftigkeit. Gelingt es aber dem Verdacht schöpfenden Verwaltungsrichter nicht, die objektive Fehlerhaftigkeit aufzudecken, so ist nach ihm die Verfügung trotz der Begründetheit des Verdachts aufrecht zu halten. [2])

Ebenso urteilt im Ergebnis Schoen, [3]) nach dem die Verfügung gültig ist, wenn sie sich der Sachlage nach überhaupt aus einem objektiven polizeilichen Motiv rechtfertigen läßt. Auf die Willensstimmung des Beamten komme es nicht an.

Auch Walter Jellinek vertritt den objektiven Standpunkt, allerdings nicht ganz entschieden. Die Formel, eine polizeiliche Verfügung dürfe nicht auf „Willkür" oder sonstiger Pflichtwidrigkeit der Behörde beruhen, sei nur eine Redensart. Weiter lehrt er dann aber, daß Verfügungen angefochten werden können, wenn die Behörde nicht sorgfältig oder in der Meinung gehandelt hat, nach freiem Belieben schalten zu dürfen. [4])

Neuerdings vertritt wieder Friedrichs [5]) uneingeschränkt den objektiven Standpunkt. Er führt aus, daß z. B. eine polizeiliche Verfügung, die aus nichtigen Gründen den Abbruch einer Brücke angeordnet habe, aufrecht erhalten werden müsse, wenn sich beim Abbruch herausstelle, daß die hölzernen Träger morsch waren, die Verfügung also objektiv einer Gefahrabwehr diente:

Der herrschenden Meinung ist aus folgenden Gründen beizutreten:

Eine Berechtigung des Gerichts zur Prüfung der Erwägungen und Absichten der Polizei könnte, wenn überhaupt, dann doch nur aus § 50, Absatz 1 und 2 PVG hergeleitet werden. Eine Berechtigung nach Absatz 2 ist nicht anzuerkennen. Anders urteilt zwar das OVG in der Entscheidung Bd. 7, S. 307, [6]) nach der als tatsächliche Voraussetzung im Sinne von § 50, Absatz 2 in Betracht kommt „alles das", was zur Zurückziehung der Erlaubnis Anlaß gegeben hat; „die erlichtlich dafür maßgebend gewesenen Motive sind auf ihre rechtliche Zulässigkeit und auf ihr tatsächliches Zutreffen zu prüfen.

[1]) Die Rechtsprechung des OVG gibt zu Bedenken Anlaß, sie ist deshalb weiter unten besonders behandelt.
[2]) Tezner, Das freie Ermessen d. V.-Behörden, S. 92 und Zur Lehre vom freien Ermessen, S. 98 ff, bes. 100.
[3]) Schoen, Ver.-Arch. 27, S. 141.
[4]) Jellinek, Gesetz usw. S. 65 ff.
[5]) Friedrichs Polizeiver.-Ges., 2. Aufl. 1932, S. 260.
[6]) Ebenso Entsch. OVG. Bd. 9, S. 404, Bd. 23, S. 392.

Demgegenüber ist aber zu betonen, daß unter „tatsächlichen Voraussetzungen“ oder nach dem neuen PVG unter „Tatsachen“ nur der Tatbestand zu verstehen ist, der der Verfügung zugrunde liegt. So urteilt auch Schoen [1]) mit einem Hinweis auf die Materialien des Gesetzes, wonach der Gesetzgeber den Verwaltungsgerichten nur die „Prüfung der Tatsachen“, des streitigen Sachmaterials hat übertragen wollen, nicht auch die der Motive.

Ebensowenig geht die Berechtigung zur Prüfung der Willensstimmung der Polizei aus Absatz 1 von § 50 PVG hervor. Denn mit der Verfolgung polizeiwidriger Zwecke bei Erlaß der Verfügung ist nicht die Verletzung jemandes in seinen Rechten verbunden, solange die Verfügung für sich betrachtet keine Rechtsnorm verletzt. Ein solcher Fall ist gegeben, wenn trotz der beabsichtigten Schikane, eines polizeiwidrigen Zwecks, rein objektiv gesehen ein polizeilicher Zweck, Gefahrabwehr, erreicht wurde.

Ein gesetzlicher Anhalt zur Prüfung der Willensstimmung der Polizei ist demnach nicht vorhanden, vielmehr weist das Gesetz in die entgegengesetzte Richtung. Denn nach § 50 Absatz 2 ist die Klage schon abzuweisen, wenn die „Tatsachen ein Einschreiten der Behörde gerechtfertigt haben würden“, d. h. wenn sie nach dem als richtig festgestellten Sachverhalt die Verfügung hätte erlassen können. Der Verwaltungsrichter hat also nach § 50, Absatz 1 zu prüfen, ob die Verfügung sich aufgrund des festgestellten Tatbestandes durch objektive polizeiliche Beweggründe halten läßt und sie bei deren Bejahung aufrechtzuerhalten, vorbehaltlich eines anderen weiter unten zu besprechenden Ungültigkeitsgrundes.

Die Einreihung des OVG in die herrschende Meinung bereitet Schwierigkeiten. Der Grund liegt einmal in der unklaren Ausdrucksweise seiner Erkenntnisse, dann aber in den sich in den verschiedenen Urteilen sogar widersprechenden Aeußerungen. Die Folge davon ist die verschiedene Beurteilung seiner Rechtsprechung in der Wissenschaft. Nach Rolin [2]) und Kunze [3]) hebt das OVG bei Willkür und Schikane die Verfügung auf, während Jellinek [4]) und Friedrichs [5]) sagen, soweit sie sähen, sei eine Verfügung noch nie wegen Willkür oder Schikane aufgehoben worden. Bei der Durchsicht der sämtlichen einschlägigen Entscheidungen des OVG zu dieser Frage ist der Eindruck gewonnen worden, daß Jellinek und Friedrichs Recht haben mit ihrer Behauptung, die Formel, die Verfügung dürfe nicht auf „Willkür oder sonstiger Pflichtwidrigkeit der Behörde beruhen“ sei nur eine Redensart, sofern man unterstelle, sie stelle auf die Absicht des Beamten ab. [6]) Das OVG untersucht vielmehr überwiegend, ob nach der Lage der äußeren Verhältnisse polizeiliche Gesichtspunkte den Erlaß zur Verfügung berechtigt erscheinen lassen. Besonders deutlich tritt diese Auffassung in der Entscheidung Bd. 39,

[1]) Schoen, Verw.-Arch. 27, S. 142.
[2]) Rolin, D. PVRecht, S. 289 und V. Stengel-Fl., Bd. 3, S. 110, 111.
[3]) Kunze, Das Verw.-St.-Verfahren, S. 195.
[4]) Jellinek, Gesetz usw. S. 66.
[5]) Friedrichs, D. Polizeiverw.-Ges. 1932, S. 260.
[6]) Jellinek, Ges. usw. S. 65, 66. Friedrichs, PVGes., S. 260.

S. 366 hervor. Die fragliche Stelle lautet: „Einer polizeilichen Verfügung muß in jedem Falle ein objektiv erkennbar polizeiliches Motiv zugrunde liegen.“ Ferner in dem Erkenntnis Bd. 42, S. 427: „Die Ausübung des Ermessens im Einzelfall unterliegt der Prüfung des Richters nur insofern, als stets erkennbar bleiben muß, daß die Polizeibehörde sich bei Versagung der Genehmigung von objektiven polizeilichen Interessen hat leiten lassen.“ In diesem Sinne sind noch zahlreiche Entscheidungen ergangen. [1]) Das OVG prüft nicht, ob Schikane oder Willkür vorliegt, sondern kommt nach Feststellung von dem Nichtvorliegen objektiv erkennbarer polizeilicher Motive zu dieser Entscheidung, da dann ja nichts anderes mehr übrig bleibt. Selbst wenn aber das OVG prüft, ob die Polizei aus Willkür oder Schikane gehandelt hat, so verbindet es damit die Vorstellung zu prüfen, ob ein objektiv erkennbar polizeiliches Motiv gegeben ist. Einen Beweis liefert die Entscheidung Bd. 58, S. 274: „Die Handhabung eines solchen Ermessens unterliegt der Nachprüfung nur darauf hin, ob nicht die Polizeibehörde ohne jedes polizeiliche Motiv, oder wie es auch ausgedrückt wird, aus Schikane oder Willkür gehandelt hat.“ Unter dem letzten Gesichtspunkt ist auch das Urteil Bd. 50, S. 378 zu werten: „Der Verwaltungsrichter hat demgemäß nur nachzuprüfen, ob bei der Versagung der Erlaubnis zur Versteigerung Willkür oder Schikane mitgewirkt haben.“ Eine andere Auffassung tritt in der Entscheidung Bd. 50, S. 368 zu Tage. Die fragliche Stelle lautet: „Danach konnte die Klage nur Erfolg haben, ... wenn sich dartun ließe, daß die Polizei unter Ueberschreitung der äußersten ihrem Ermessen gezogenen Grenzen, d. h. pflichtwidrig auf die persönliche Verletzung und Schädigung des Klägers ausgegangen sei.“ Diese Entscheidung tritt aber zurück hinter den überwiegenden Erkenntnissen in der anderen Richtung. Auch das OVG prüft also nach objektiven Gesichtspunkten. [2])

Aber auch von diesem objektiven Standpunkt ist das Vorliegen der Schikane oder Willkür doch nicht ganz gleichgültig. Aus ihm spricht die Vermutung für das Fehlen polizeilicher Zwecke, unsachliche Motive sind ein Anlaß für den Verdacht objektiver Fehlerhaftigkeit. [3]) Im Zweifel ist die Verfügung aufzuheben. [4])

Das so gewonnene Ergebnis mag auf den ersten Blick unbillig und unverständlich anmuten, scheint doch der Willkür oder Schikane das Wort geredet und dem Betroffenen unberechtigt die Hilfe versagt zu werden. Dem ist aber nicht so. Die Mißbilligung der Schikane oder Willkür steht außer Zweifel. Bestimmend für diese Entscheidung ist der Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses. Die Polizei soll nur in öffentlichem Interesse tätig werden. Erläßt nun ein Beamter aus einer zu mißbilligenden Willensstimmung eine Verfügung, die rein

[1]) EOVG Bd. 29, S. 446, Bd. 41, S. 416, Bd. 44, S. 353, Bd. 57, S. 30, 305, Bd. 68, S. 420, 427, Bd. 32, S. 394, Bd. 59, S. 37, Bd. 64, S. 499, 500, Bd. 71, S. 333, 334.

[2]) So neuerdings wieder Friedrichs PVGesetz, S. 260.

[3]) S. auch Scheuner, Verw.-Arch., Bd. 33, S. 93.

[4]) S. auch Tezner, D. freie Erm. d. V.-Behörden, S. 92.

objektiv betrachtet einer Gefahrabwehr dient, so ist damit dem öffentlichen Interesse genügt, die Verfügung kann nicht lediglich wegen der zu verwerfenden Absicht des Beamten aufgehoben werden. Sie ist trotzdem im öffentlichen Interesse ergangen, da der Betroffene polizeipflichtig ist. Genau so würde also entschieden sein, wenn derselbe oder ein anderer Beamter sich von rein polizeilichen Rücksichten hätte leiten lassen. Oder man denke daran: ein Steuerbeamter will einen Steuerpflichtigen zu hoch veranlagen, um ihn zu schädigen; im Rechtsmittelverfahren stellt sich heraus, daß die Veranlagung sachlich richtig ist. Sie ist aufrecht zu erhalten. Also ist das Ergebnis von hier aus betrachtet nicht unbillig. Die polizeiliche Verfügung ist demnach nur aufzuheben, wenn ihr kein objektiv erkennbar polizeiliches Motiv zugrunde liegt. Der Kläger würde mit seiner Behauptung, die Polizei habe ihm nur aus Schikane die Abhaltung der Tanzlustbarkeiten an 6 Tagen in der Woche untersagt, nicht durchdringen; denn die Versagung kann objektiv der Gefahrabwehr, einem polizeilichen Motiv, dienen.

3. Kapitel.

Endlich kommt noch eine Untersuchung der Verfügung unter dem Gesichtspunkt der gleichen Behandlung nach Artikel 109 RV in Frage. Sehr oft wird in den Fällen, wo eine Verfügung aus Willkür oder Schikane erlassen worden ist, eine andere Entscheidung getroffen worden sein, als es unter denselben tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen sonst geschehen ist. Nach der oben vertretenen Meinung ist dieser Gesichtspunkt von den Gerichten zu berücksichtigen. Auf den Grundsatz der gleichen Behandlung kann sich auch der Einzelne berufen. Denn wenn ihm auch kein subjektives Recht auf gleiche Behandlung mit anderen gegeben ist, so findet doch eine Rückwirkung objektiven Rechts auf ihn statt, und er ist bei Nichtbeachtung dieser im Interesse der Allgemeinheit aufgestellten Rechtsnorm im Sinne von § 50 PVG in seinen Rechten verletzt.[1]) Das Gericht hat also zu untersuchen, ob tatsächlich eine ungleiche Behandlung gegeben ist. Es ist sehr wohl denkbar, daß anderen Veranstaltern von Tanzlustbarkeiten unter ganz gleichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen die Tanzerlaubnis für 6 Tage erteilt worden ist, indem die Polizei hier die Gefahr nicht für genügend zur Erteilung der Erlaubnis für nur drei Tage erachtete. Dann aber kann sie einem anderen Antragsteller gegenüber das Vorliegen einer Gefahr nicht geltend machen. Sie hat sich durch die Handhabung ihres Ermessens die Hände gebunden.[2]) Bestärkt wird die Vermutung einer ungleichen Behandlung immer durch die Behauptung der Schikane. Die Untersuchung hat sich darauf zu erstrecken, ob rein objektiv eine ungleiche Behandlung gegeben ist. Im bejahenden Fall ist die Verfügung wegen Verstoßes gegen Artikel 109, Absatz 1 RV aufzuheben.

[1]) Jellinek, Verw.-Recht, S. 446, Gesetz usw., S. 348, 349.
[2]) S. Schoen, Verw.-Arch. 27, S. 143.
Jellinek wie in Anm. 1.

Schluß.

§ 1.

Mit der Aufhebung der Verfügung allein ist dem Kläger noch nicht geholfen. Ihm liegt daran, nun auch die Erlaubnis in der beantragten Weise zu bekommen. Wer soll sie ihm erteilen? Das Gericht ist dazu nicht berechtigt. Es ist lediglich Rechtsschutzorgan und hat seine Tätigkeit mit der Aufhebung der polizeilichen Verfügung beendet. Für die Erteilung kommt nur die zuständige Ortspolizeibehörde in Frage. Versagt diese nach wie vor ohne Berechtigung die Erlaubnis, so bleibt dem Betroffenen nur übrig, eine neue Klage zu erheben, die allerdings auch wieder nur zur Aufhebung der Versagung führen kann, oder sich im Dienstaufsichtswege (etwa beim Landrat oder Regierungspräsidenten) zu beschweren und eine Einwirkung auf die Ortspolizeibehörde in der Richtung zu erreichen, daß sie ihm die Erlaubnis erteilt. So urteilt auch das OVG in seiner Entscheidung Bd. 71, S. 232 mit den Worten, der Verwaltungsrichter sei nicht berufen, „die der Verwaltungsbehörde zustehenden Befugnisse seinerseits auszuüben und an ihrer Stelle eine von ihr versagte Genehmigung zu erteilen."

Weiter erhebt sich die Frage, ob der Betroffene wegen einer aus Willkür der Schikane erfolgten Versagung Schadenersatz verlangen kann.

§ 2.

In Frage kommt ein Anspruch aus Artikel 131 RV in Verbindung mit § 839 BGB.

Die Entschädigungsklage kann darauf gestützt werden, daß der Kläger durch eine rechtswidrige polizeiliche Maßnahme in Ausübung öffentlicher Gewalt einen Schaden erlitten hat. Für diese Klage ist gemäß Artikel 131, Absatz 1, Satz 3 RV der ordentliche Rechtsweg gegeben. [1]) Sie ist zu richten gegen die anstellende Behörde des Beamten, der die Amtspflicht verletzt hat (Stadt, Amtsverband, Amt).

Gemäß § 839, Absatz 1, Satz 1 BGB hat ein Beamter, der vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einen Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat, dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Für diesen Schaden ist nach Artikel 131, Absatz 1 RV anstelle des Beamten der Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht, ersatzpflichtig, wenn es sich um eine Amtspflichtverletzung in Ausübung öffentlicher Gewalt handelt. Daraus, daß die Haftung des Staates oder der öffentlichen Körperschaft dem Geschädigten gegenüber an die Stelle des Beamten tritt, ergibt sich, daß die Haftung des Staates usw. grundsätzlich in den Grenzen des § 839 BGB und nur unter den dort geregelten Voraussetzungen

[1]) Gemäß § 3, Abs. 3, G 8. 4. 20 mit Gesetzeskraft. Die Quelle der Staatshaftung ist nicht mehr G. v. 1. 8. 09 sondern allein Art. 131, Abs. 1, Satz 1 und 3 RV. Die dem § 1, Abs. 1, G. v. 1. 8. 09 nachfolgenden Einzelbestimmungen bleiben aber gültig, soweit sie dem Art. 131 nicht widersprechen. Insoweit sind sie eine schon vorhandene „nähere Regelung" i. S. von Art. 131, Abs. 2 RV: So RGZ Bd. 102, S. 168, Bd. 106, S. 34, 107, S. 61.

eintritt. [1]) Die Voraussetzungen der Klage aus Artikel 131, Absatz 1, Satz 1 in Verbindung mit § 839 BGB sind demnach:

1) Es muß sich um einen Beamten handeln. Amtsvorsteher und Bürgermeister, die hier wohl meistens in Frage kommen, sind Beamte. Der Amtsvorsteher ist mittelbarer Staatsbeamter, der Bürgermeister Gemeindebeamter und als solcher außerdem mittelbarer Staatsbeamter.

2) Der Beamte muß in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt gehandelt haben. Bei Handhabung der Polizei ist dieses der Fall. Der Betroffene stand dem Beamten nicht gleichberechtigt gegenüber, es lag in der Macht der Polizei, die Erlaubnis zu versagen oder nicht.

3) Es muß sich um eine Amtspflicht handeln, die einem dritten gegenüber besteht. Eine Amtspflicht des Polizeibeamten ist hier gegeben; fraglich erscheint nur, ob dem Kläger gegenüber eine Amtspflicht besteht, wenn die Polizei die Erlaubnis nach freiem Ermessen versagen kann. Eine solche Pflicht dem Dritten gegenüber im Sinne von Artikel 131 RV und § 839 BGB ist auch dann anzunehmen, wenn der Beamte Dritten gegenüber nach freiem Ermessen handeln darf. [2])

4) Diese Amtspflicht muß verletzt sein. Wenn Schikane geltend gemacht wird, kann hier der mit Recht bemängelte Fall eintreten, daß das ordentliche Gericht eben wegen der Schikane eine Amtspflichtverletzung annimmt und deshalb den Schadenersatzanspruch bejaht, also die Verfügung für unzulässig erklärt, obgleich sie das Verwaltungsgericht aufrechterhalten hat. Denn es kam ihm auf die Schikane nicht an, sofern sich die Verfügung nur aus objektiven Gesichtspunkten halten ließ. [3]) Um diesen Zwiespalt bei der Entscheidung in derselben Sache zu vermeiden, ist zu fordern, daß das ordentliche Gericht an Hand der Grundsätze des öffentlichen Rechts festzustellen hat, ob objektiv eine Amtspflichtverletzung vorliegt. [4]) Diese Frage ist zu bejahen, wenn mit der Verfügung garnicht ein durch § 14 PVG gedeckter Zweck verfolgt werden konnte, oder wenn gegen Artikel 109, Absatz 1 RV verstoßen worden ist. Artikel 109 RV wendet sich an die Rechtsprechung und Verwaltung. Er macht den Beamten zur Pflicht, in der Verwaltung der Staatsgeschäfte diesen Grundsatz der Gleichheit zu befolgen. Bei einer Zuwiderhandlung ist demnach objektiv eine Amtspflichtverletzung gegeben.

5) Wie aber der Beamte nach § 839 BGB nur im Falle der Schuld (Vorsatz, Fahrlässigkeit) haftet, besteht eine Haftpflicht des Staates anstelle des Beamten ebenfalls nur bei Verschulden. Sollte der Beweis der Willkür oder Schikane erbracht werden, ist die Haftung begründet. Wie aber, wenn dieser Beweis nicht gelingt? Hier ist nun einmal zu sagen, daß auch im Schadenersatzprozeß die Frage, ob die nach freiem Ermessen getroffene Entscheidung,

[1]) So auch RGZ Bd. 102, S. 168.
[2]) So auch RG in JW 1925, S. 1875 ff. Jellinek, Verw.-R. S. 314. Heyland, Verw.-Arch., Bd. 34, S. 481.
[3]) Fleiner, Institutionen S. 276.
[4]) Drews, Preuß. Polizeirecht S. 81.

soweit sie sich innerhalb der Schranken des freien Ermessens hält, auch wirklich richtig ist, der richterlichen Nachprüfung nicht unterliegt. [1]) Aber eine Ausdehnung der unter Nummer 4) besprochenen Amtspflichtverletzung dürfte dem praktischen Bedürfnis entsprechen. Der Beweis der Schikane oder Willkür läßt sich in den wenigsten Fällen erbringen. Deshalb muß man den Tatbestand der Amtspflichtverletzung und damit verbunden die Schuld des Beamten dann als gegeben ansehen, wenn der Beamte von seinem Ermessen einen solchen Gebrauch gemacht hat, daß sein Verhalten mit den an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen einfach unvereinbar ist. [2])

6) Durch diese schuldhafte Amtspflichtverletzung muß dem Kläger ein Schaden entstanden sein, wobei besonders an § 252 BGB zu denken ist. Ob ein Schaden enstanden ist, ist immer Tatfrage.

7) Den Schaden trägt der Amtsverband, die Stadt, in Rheinland und Westfalen das Amt (§ 4 G. v. 1. 8. 09). Entscheidend ist, für wessen Dienst der Beamte angestellt ist (Artikel 131, Absatz 1 RV). Hiernach ist unerheblich, ob der Beamte in Kommunal- oder staatlichen Angelegenheiten tätig wird, z. B. bei Ausübung der Polizeigewalt. [3])

§ 3.

Es ist aber noch weiter zu untersuchen, ob der Kläger im Falle der Schikane oder Willkür wenigstens die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nicht zu tragen braucht, oder sie im Wege der Klage wiedererlangen kann.

§ 104 des Landesverwaltungsgesetzes trifft nicht zu, er betrifft nur prozessuales Verschulden. Verliert der Kläger aus einem bisher unbekannten Grunde (Gefahr), so verliert er doch immerhin. Schikane oder Willkür wirken nur als bloße Schikane oder Willkür, d. h. wenn kein anderer Grund für den Erlaß einer Verfügung als etwa unsachgemäße Feindschaft vorliegt. In dieser Behauptung aber hatte der Kläger Unrecht. Die Kosten können ihm also nicht erlassen werden.

Auch im Wege der Schadensersatzklage nach Artikel 131 RV in Verbindung mit § 839 BGB sind die Kosten des Verfahrens nicht wiederzuerlangen. Eine schuldhafte Amtspflichtverletzung liegt zwar vor, wenn nur aus Schikane gehandelt ist. Diese hat aber keinen Schaden verursacht, wenn bei ordnungsmäßiger Behandlung ebenso zu entscheiden gewesen wäre, und aus diesem Grunde ist die Klage ohne Erfolg.

§ 4.

Zum Schluß ist noch darauf hinzuweisen, daß der Beamte (Amtsvorsteher, [4]) Bürgermeister) [5]) im Falle der Schikane den Vor-

[1]) So auch RGZ Bd. 99, S. 256.
[2]) S. RG Bd. 121, S. 225: „Schuldhafte eine Haftung des Staats begründende Ermessensausübung eines Beamten beschränkt sich nicht auf den Fall der Willkür". S. auch Heyland, Verw.-Arch. 34, S. 480.
[3]) S. Brand, Das Beamtenrecht, S. 618, 619.
[4]) § 68 Kreisordnung für die östl. Provinzen von 1872.
[5]) § 20 Zuständigkeitsgesetz von 1883.

schriften der Dienststrafordnung für die nichtrichterlichen Beamten von 1932 unterliegt, da ein Dienstvergehen gegeben ist. [1]) Eine Bestrafung ist dringend angebracht. Es liegt keinesfalls im Interesse des Staates, wenn die Polizeigewalt zur Befriedigung persönlicher Wünsche mißbraucht und dadurch die Achtung vor der Gerechtigkeit des Staates und seinem Beamtentum ins Wanken gebracht wird.

[1]) S. Brand, a. a. O., S. 657, bes. Anm. 2.

Lebenslauf.

Geboren am 23. Oktober 1907 in Essen a. d. Ruhr besuchte ich seit Ostern 1919 das Burggymnasium zu Essen und bestand dort Ostern 1928 die Reifeprüfung. Vom Wintersemester 1928 studierte ich 3 Semester in Köln und weitere 3 Semester in Marburg. Am 12. März 1932 bestand ich die 1. jur. Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Kassel, am 18. Juli 1932 die mündliche Doktorprüfung an der Universität Marburg.